

Europese Integratie en harmonisatie en het strafrecht, Preadvies Nederlandse Juristenvereniging, 136e Handelingen

Citation for published version (APA):

Klip, A. H. (2006). Europese Integratie en harmonisatie en het strafrecht, Preadvies Nederlandse Juristenvereniging, 136e Handelingen. *Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging*, 105-153.

Document status and date:

Published: 01/01/2006

Document Version:

Accepted author manuscript (Peer reviewed / editorial board version)

Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

www.umlib.nl/taverne-license

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

repository@maastrichtuniversity.nl

providing details and we will investigate your claim.

Europese integratie en harmonisatie en het strafrecht

Prof. mr. A.H. Klip

“Harmonisatie van strafrecht is een hachelijke zaak. Het nationale strafrecht is veelal het produkt van een ontwikkeling van eeuwen. De uitkomsten in verschillende landen lijken globaal op elkaar, maar de wijze waarop die worden verkregen verschillen. Harmonisatie van één of enkele onderdelen uit die stelsels haalt deze uit hun onderling verband.”¹

I Inleiding

Vraagstelling, opbouw en beperking van het preadvies

Anno 2006 worden problemen van de huidige Europese samenleving veelal gevolgd door een roep om een gezamenlijke Europese aanpak. Terrorisme en andere maatschappelijke problemen dienen met wortel en tak te worden uitgeroeid en daarvoor is het strafrecht het eerste middel dat ter hand wordt genomen. Naast deze functie van probleembestrijder wordt het strafrecht gebruikt als middel om de Europese integratie te bevorderen.² Alhoewel niet iedereen gelukkig is met de Europese invloed op het strafrecht is de onlosmakelijke verbondenheid van Europa en het strafrecht een gegeven dat inmiddels als zodanig niet meer ter discussie staat. Aanzienlijk moeilijker is het de exacte betekenis van Europa en het strafrecht voor elkaar te duiden. Ik zal dat trachten te doen aan de hand van de volgende vragen. Welke rol speelt Europese integratie en harmonisatie in het strafrecht? Welke rol speelt het strafrecht in de Europese integratie en harmonisatie? Welke zijn de doelstellingen, methoden en effecten van Europese harmonisatie van het strafrecht?

De thans voorliggende preadviezen zijn waar mogelijk geschreven volgens een gemeenschappelijke structuur en onder een gemeenschappelijke noemer: Europese integratie. De wat meer in het Europese strafrecht ingevoerde jurist zal opmerken dat de term harmonisatie hem herkenbaarder in de oren klinkt. Het is daarom noodzakelijk van aanstonds af te definiëren wat ik onder deze begrippen versta. Europese *integratie* beschouw ik als het politieke streven tot Europese eenwording. Dit streven krijgt gestalte in een gezamenlijke buitenlands en defensiebeleid en een gezamenlijke munt, maar ook in een waaier van uitwisselingsprogramma's voor studenten, Europese onderzoeksprogramma's en allerlei andere initiatieven waardoor Europeanen dichterbij elkaar moeten worden gebracht. Integratie vindt niet per definitie plaats in juridische vorm. De definitie van *harmonisatie* die ik hanteer is: het naar elkaar toegroeien van de rechtspraktijk van verschillende rechtssystemen op grond van een gemeenschappelijke

¹ Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, J.P.H. Donner (rapporteur), Europa, wat nu? Voorstudies en achtergronden V91, Den Haag 1995, p. 70.

² Zie bijv. de Belgische Minister van Justitie M. Verwilghen, Interpellation sur les travaux de la Convention dans le secteur pénal: la nécessité d'entrer au coeur du débat: “La construction de l'espace judiciaire pénal est en effet indispensable pour consolider l'Union européenne.”, in: Gilles de Kerchove et Anne Weyembergh, Quelles réformes pour l'espace pénal européen?, Bruxelles 2003, p. 9.

norm.³ Harmonisatie kan worden beschouwd als een juridisch middel om het politieke streven van integratie te realiseren. Harmonisatie gaat uit van verschillen, anders valt er niets te harmoniseren. Harmonisatie tracht deze verschillen te verkleinen, maar streeft niet naar opheffing ervan.⁴ Opheffing van alle verschillen wordt beoogd met *unificatie*. Daarvan is thans in strafrechtelijke context geen sprake.⁵ Harmonisatie onderscheidt zich daarin van *wederzijdse erkenning* dat wederzijdse erkenning aan de geconstateerde verschillen juist niets wenst te veranderen. Er wordt een vorm gevonden waardoor die verschillen er even niet toe doen. In de rechtsontwikkeling van de Europese Unie is er duidelijk verband tussen ideeën over harmonisatie en wederzijdse erkenning. Soms worden de beide concepten als alternatieven van elkaar gezien, soms juist weer als gelijktijdig te hanteren instrumenten.

De focus van mijn bijdrage is beperkt tot de strafrechtelijke aspecten van integratie en harmonisatie. De behandeling is spiegelbeeldig. Zowel vanuit Europees perspectief, als vanuit strafrechtelijk perspectief wordt het thema Europese integratie en harmonisatie en het strafrecht benaderd. Ik zal vaststellen dat het huidig beleid en instrumentarium niet leiden tot het beoogde doel. Voorts constateer ik dat de beginselen die geworteld zijn in de tradities van de economische gemeenschap, op zijn zachtst gezegd, enigszins conflicteren met de tradities van het strafrecht. Ik zie echter ook toekomstmogelijkheden voor het Europese strafrecht en sluit af met enkele voorstellen.

II Europese integratie en harmonisatie en het strafrecht

2.1 Europese integratie en harmonisatie

De belangrijkste rol als instigator van Europese integratie en harmonisatie is weggelegd voor de Europese Gemeenschappen/ Europese Unie. Hoewel ik me in dit preadvies vooral zal richten op de EG/ EU, zijn er enkele andere organisaties die eveneens van belang zijn voor de ontwikkeling van de Europese gedachte in het strafrecht, danwel een harmoniserende invloed op het strafrecht hebben uitgeoefend: de Raad van Europa, de Benelux en de Verenigde Naties.

2.2 Strafrechtelijke handhaving van het gemeenschapsrecht

Bij de oprichting van de Europese Gemeenschap in 1957 stelde deze zich tot doel binnengrenzen te laten wegvallen en de interne markt te realiseren (art. 2 EG-verdrag). De doelstellingen waren economisch bepaald en gericht op de zogenaamde vier vrijheden: de vrijheden van werknemers, van goederen, van kapitaal en van diensten. Deze vrijheden mogen in Europa niet aan enige beperking onderhevig zijn. In het EG-verdrag werd het beginsel van gemeenschapstrouw neergelegd, onder meer inhoudende

³ Het gaat mij er minder om of dit de enige ware definities zijn, dan dat er expliciete definities worden gehanteerd. Dat laatste faciliteert de discussie en maakt het mogelijk integratie en harmonisatie überhaupt te toetsen.

⁴ Harmonisatie is een proces. Zie F.M. Tadic, How harmonious can harmonisation be?, in: A.H. Klip en H.G. van der Wilt, Harmonisation and Harmonising Measures in Criminal Law, KNAW LNR deel 186, Amsterdam 2002, p.1-21.

⁵ Ik laat daarbij het strafrechtelijke karakter van de rechtstreekse handhaving van de kartelwetgeving door de Commissie even buiten beschouwing.

de verplichting voor de lidstaten om het recht van de gemeenschap te handhaven. Deze nalevings- of handhavingsplicht rust op alle organen van de lidstaat, in het bijzonder de wetgever en de rechter.

Dat gemeenschapsrecht bestaat uit het EG-verdrag, uit *richtlijnen* en *verordeningen*. Ingevolge artikel 249 EG-verdrag is een richtlijn “verbindend ten aanzien van het te bereiken resultaat voor elke lidstaat waarvoor zij bestemd is, doch aan de nationale instanties wordt de bevoegdheid gelaten vorm en middelen te kiezen.” Een verordening heeft ingevolge artikel 249 EG-verdrag “algemene strekking. Zij is verbindend in al haar onderdelen en is rechtstreeks toepasselijk in elke lidstaat.” Het gemeenschapsrecht vergt derhalve in de regel wel omzetting naar nationaal recht maar schrijft de lidstaten niet voor op welke wijze zij dat moeten doen. Zij kunnen kiezen voor administratieve handhaving, civielrechtelijke of strafrechtelijke handhaving, of welk middel dan ook. Het gaat om een resultaatsverbintenis. Deze achtergrond verklaart dat het strafrecht bij de handhaving van het gemeenschapsrecht lange tijd een bescheiden rol speelde. De beleidsterreinen van de EG waren beperkt en vooral economisch gekleurd.

De Commissie is de spil van het gemeenschapsrecht. Zij doet voorstellen voor wetgeving, welke door de Raad en het Europese Parlement dienen te worden aanvaard. Daarnaast zorgt de Commissie in het gemeenschapsrecht voor harmonisatie op drie verschillende niveaus: door middel van controle van de uitvoeringswetgeving (lidstaten dienen hun voorgenomen uitvoeringswetgeving aan de Commissie mede te delen); door middel van controle op de handhaving (de Commissie is bevoegd na te gaan of lidstaten het gemeenschapsrecht handhaven) en door het instellen van infractieprocedures tegen staten die het gemeenschapsrecht niet naleven (indien de Commissie van mening is dat een lidstaat het gemeenschapsrecht niet naleeft kan zij deze staat voor het Hof van Justitie dagen en zo naleving afdwingen).

Het Hof van Justitie is opgericht om de uniforme uitlegging van het EG-verdrag te verzekeren. In de praktijk krijgt het zijn zaken op twee manieren. Ten eerste doordat de Commissie een zaak aanhangig maakt tegen een lidstaat waarvan zij vindt dat deze het gemeenschapsrecht niet handhaaft (art.226 EG-verdrag). In dat geval kan het Hof vaststellen dat de betreffende lidstaat zijn verplichtingen al dan niet is nagekomen. Deze procedure wordt veelvuldig toegepast. Ten tweede kunnen nationale rechters het Hof van Justitie verzoeken om uitlegging van het gemeenschapsrecht wanneer voor hen een geschil aanhangig is waarin dat voor de uitkomst van de zaak relevant is. Een nationale rechter stelt in dat geval een *prejudiciële vraag*. Ook deze verzoeken worden veelvuldig aan het Hof gedaan. De prejudiciële verzoeken kunnen alle rechtsgebieden (dus ook strafzaken) betreffen. De positie van het Hof wordt versterkt doordat de wetsgeschiedenis van EG/ EU-wetgeving bijzonder weinig houvast biedt voor de uitleg ervan.

De meeste invloed op het strafrecht gaat uit van de *richtlijn*. Voorzover de richtlijn onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig is omschreven laat zij de lidstaten geen beoordelingsmarge en dient de richtlijn stipt te worden nageleefd.⁶ In andere woorden: als een lidstaat nalatig is in de uitvoering van het gemeenschapsrecht in het nationale recht, werkt dat gemeenschapsrecht desondanks door, op voorwaarde dat het gaat om voor de burger gunstige bepalingen. In de rechtspraak van het Hof van Justitie in

⁶ Zie R.H. Lauwaars en J.M. Maarleveld, Harmonisatie van wetgeving in Europese organisaties, Deventer 1987, p.64.

strafzaken is “gunstig” vertaald als een recht waar verdachten en anderen aanspraak op maken.⁷ De rechter is gehouden nationale uitvoeringswetgeving zoveel mogelijk in de geest van de richtlijn te interpreteren (*richtlijnconforme interpretatie*). Een burger mag zich daarop ten allen tijde in elke procedure beroepen. Voorts heeft het Hof in zijn rechtspraak bepaald dat strafrechtelijke aansprakelijkheid niet zonder omzetting naar nationaal strafrecht rechtstreeks kan worden gevestigd op grond van een richtlijn. Dat betekent dat de invloed van het gemeenschapsrecht niet gelijk is, omdat bij verplichtingen die voortvloeien uit het gemeenschapsrecht geen rechtstreekse toepassing ten laste van de burger mag plaatsvinden.⁸ Daarentegen kan een verdachte zich wel beroepen op het gemeenschapsrecht als dat voorschrijft dat een bepaalde gedraging niet mag worden verboden en het nationale strafrecht dit desondanks strafbaar stelt.

Het gemeenschapsrecht heeft een harmoniserende invloed die niet uitsluitend het strafrecht betreft. De terreinen waarop het gemeenschapsrecht harmonisatie nastreeft zijn op zich wel samenhangend, maar dat kan niet worden gezegd van de invloed daarvan op het strafrecht. Die valt eerder te kenschetsen als toevallig en is mede ingegeven door de keuze van de lidstaten met welk rechtsgebied (civiel, administratief, tuchtrechtelijk, strafrechtelijk) zij dit wensen te handhaven. De wijze van handhaving is een individuele keuze van een lidstaat (bijv. Duitsland kiest voor administratiefrechtelijke handhaving, België voor het bestuursrecht en Nederland voor strafrechtelijke handhaving). Als lidstaten voor verschillende handhavingsinstrumenten kiezen, en dat is regelmatig het geval, divergeert de handhaving en wordt de samenwerking bij de handhaving bemoeilijkt. In die gevallen waar effectief (omdat alle lidstaten kiezen voor omzetting van het gemeenschapsrecht in het strafrecht) strafrechtelijk wordt geharmoniseerd, gaat het om individuele thema's (single issue harmonisation).⁹ Met name de strijd tegen de EG-fraude heeft tot tal van rechtsinstrumenten geleid die strafrechtelijk worden gehandhaafd.¹⁰ Binnen de Commissie is een afdeling onder de naam OLAF opgericht, die zich in het bijzonder

⁷ HvJ, 21 maart 1972, strafzaak tegen Società Agricola Industria Latte, C-82/71, Jur. 1972, 119; HvJ, 5 april 1979, strafzaak tegen Tullio Ratti, C-148/78, Jur. 1979, 1629.

⁸ HvJ, 8 oktober 1987, strafzaak tegen Kolpinghuis Nijmegen B.V., C-80/86, Jur. 1987, 3969; HvJ, 3 mei 2005, strafzaak tegen Silvio Berlusconi en anderen, C-387/02.

⁹ Voorbeelden zijn hier Richtlijn 91/308 van 10 juni 1991 tot voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld, PB 1991, L 166/ 77. Bij deze richtlijn hebben staten naderhand gezamenlijk verklaard te kiezen voor strafrechtelijke handhaving, zie PB 1991, L 166/83; Richtlijn 89/ 592 van 13 november 1989 tot coördinatie van de voorschriften inzake de transacties van ingewijden, PB 1989, L 334/40; Verordening 3677/90 van 20 december 1990 houdende maatregelen om te voorkomen dat bepaalde stoffen worden misbruikt voor de illegale vervaardiging van verdovende middelen en psychotrope stoffen, PB 1990, L 357/ 1.

¹⁰ Zonder compleet te kunnen wezen: Verordening 595/91 van 4 maart 1991 betreffende onregelmatigheden in het kader van de financiering van het gemeenschappelijk landbouwbeleid en terugvordering van bedragen die in dat kader onverschuldigd zijn betaald, alsmede de organisatie van een informatiesysteem op dit gebied, PB 1991, L 67/ 11; Verordening 3508/92 van 27 november 1992 tot instelling van een geïntegreerd beheers- en controlesysteem voor bepaalde communautaire steunregelingen, PB L 355/1; Overeenkomst van 26 juli 1995 aangaande bescherming van de financiële belangen van de Europese Gemeenschappen, Trb. 1995, 289; Verordening van 18 december 1995 betreffende de bescherming van de financiële belangen van de Europese Gemeenschappen, PB 1995, L 312/1; Protocol bij deze overeenkomst van 27 september 1996, Trb. 1996, 330; Verordening 2185/96 van 11 november 1996 betreffende de controles en verificaties ter plaatse die door de Commissie worden uitgevoerd ter bescherming van de financiële belangen van de Europese Gemeenschappen tegen fraude en andere onregelmatigheden, PB 1996, L 292/2.

bezighoudt met de bestrijding van fraude.¹¹ Veel onderzoek dat door deze afdeling wordt gestart, leidt uiteindelijk tot strafrechtelijk onderzoek.

De betekenis van het andere gemeenschapsrechtelijke instrument, de *verordening*, is voor het strafrecht beperkter. De verordening is, blijkens artikel 249 EG-verdrag, rechtstreeks gelijkelijk verbindend voor een ieder tot wie zij is gericht. Dat betekent dat uitvoeringswetgeving op nationaal niveau niet per se noodzakelijk is. Verordeningen en strafrecht komen derhalve pas met elkaar in aanraking in het uitzonderlijke geval dat een lidstaat ter ondersteuning van een rechtstreeks werkende verordening het strafrecht inzet.¹²

Strafrechtelijke beginselen uit de nationale strafstelsels hebben invloed uitgeoefend op het gemeenschapsrecht. Het gaat dan met name om in de rechtspraak van het Hof van Justitie ontwikkelde fundamentele beginselen van gemeenschapsrecht. Voorbeelden zijn het verbod van terugwerkende kracht,¹³ de *nulla poena*-regel,¹⁴ het beginsel dat een verdachte niet gedwongen mag worden zichzelf te belasten,¹⁵ de *lex mitior*-regel,¹⁶ het proportionaliteitsbeginsel,¹⁷ het schuldbeginnel,¹⁸ het *lex certa*-beginsel¹⁹ en het *ne bis in idem*-beginsel.²⁰ Het gaat hier om beginselen die gemeen zijn aan het straf(proces)recht van alle lidstaten, alsmede ook om beginselen uit mensenrechtenverdragen.²¹

Plicht tot handhaving versus vrije keuze van de middelen

Lang is men er van uitgegaan dat het gemeenschapsrecht (EG-verdrag, richtlijnen en verordeningen) de lidstaten niet kan voorschrijven dat er strafrechtelijke handhaving zal zijn, maar dat het gemeenschapsrecht er wel toe kan dwingen de inzet van het strafrecht op bepaalde terreinen achterwege te laten omdat dit in strijd komt met de interne markt. Met het verschijnen van de EG als factor in het strafrecht ontstond een vorm van indirecte harmonisatie. De meeste noties die uit het gemeenschapsrecht voortvloeien zijn niet specifiek strafrechtelijk maar gelden voor alle rechtsgebieden.²² Het

¹¹ Besluit van 28 april 1999, PB 1999, L 136/20.

¹² Artikel 1 sub 2° WED bevat verschillende verordeningen waarvan de overtredingen zonder nadere omzetting strafbaar zijn naar Nederlands recht.

¹³ HvJ, 13 november 1980, Fedesa, C-331/88, Jur. I-4057; HvJ, 14 juli 1994, Milchwerke Köln, C-352/92, Jur. 1994, I-3385.

¹⁴ HvJ, 8 oktober 1987, strafzaak tegen Kolpinghuis Nijmegen B.V., C-80/86, Jur. 1987, 3969; HvJ, 3 mei 2005, strafzaak tegen Silvio Berlusconi en anderen, C-387/02.

¹⁵ HvJ, 18 oktober 1989, Orkem, C-374/87, Jur. 1989, 3283.

¹⁶ HvJ, 1 juni 1999, strafzaak tegen A. Kortas, C-319/97.

¹⁷ HvJ, 5 maart 1980, Ferwerda, C-265/78, Jur. 1980, 623; HvJ, 13 december 1979, Hauer, C-44/79, Jur. 1979, 3727.

¹⁸ HvJ, 26 mei 1981, Rinkau, C-157/80, Jur. 1981, 1395.

¹⁹ HvJ, 12 december 1996, gevoegde zaken C-74/95 en C-129/95, Jur. I-6629; HvJ, 7 januari 2004, strafzaak tegen X, C-60/02.

²⁰ HvJ, 13 februari 1969, Wilhelm, C-14/68, Jur. 1969, 1.

²¹ De fundamentele rechten uit het EVRM vallen als zodanig onder de algemene rechtsbeginselen van het gemeenschapsrecht. Zie HvJ, 4 oktober 1991, SPUC, C-159/90, Jur. 1991, 4685. Zie ook HvJ, 14 mei 1974, Nold, C-4/73, Jur. 1974, 491; HvJ, 21 september 1989, Hoechst, C-46/87 en 227/88, Jur. 1989, 2859.

²² Er zijn ook wel noties die specifiek voor het strafrecht gelden. Het Hof van Justitie vindt het strafrecht als zodanig als handhavingsinstrument soms te zwaar in verhouding tot het vergrijp. HvJ, 29 februari 1996, C-193/94, Skanavi en Chryssanthakopoulos, Jur. 1996, I-943.

gemeenschapsrecht creëert immers een *geheel eigen rechtsorde*,²³ onafhankelijk van de verschillende deelrechtsgebieden. Hetzelfde geldt voor de normerende invloed die het gemeenschapsrecht uitoefent op strafprocessuele bevoegdheden bij de strafrechtelijke handhaving. Als een lidstaat ervoor heeft gekozen het gemeenschapsrecht strafrechtelijk te handhaven, dan dient hij dat middel ook in te zetten.²⁴ Vanwege de handhavingsverplichting (art. 10 EGV)²⁵ en haar afdwingbaarheid (de Commissie kan immers een lidstaat voor het Hof dagen) is er een harmoniserend effect van het gemeenschapsrecht.

In de jaren zeventig zijn er verschillende pogingen ondernomen om de Europese Gemeenschappen ook op strafrechtelijk terrein bevoegdheden te geven en Europese strafsancities te kunnen invoeren.²⁶ De lidstaten waren het hierover grondig oneens. Nederland heeft in 1979 zelfs een voorstel van de Franse president Giscard d'Estaing tot schepping van een *espace judiciaire* met een veto geblokkeerd. Het is steeds de uitdrukkelijke wens van de lidstaten geweest om het strafrecht binnen de bevoegdheid van de lidstaten zelf te laten. Overigens leek het erop dat de bezwaren zich meer richtten tegen de bevoegdheid van de Commissie op het gebied van het materieel strafrecht dan tegen de samenwerking als zodanig.²⁷

2.3 Uniestrafrecht

Bij het Verdrag van Maastricht werd de Europese Unie opgericht.²⁸ Deze is opgebouwd uit een pijlerstructuur waarvan de pijlers zich onderscheiden door een andere wijze waarop het gevormde recht totstandkomt, zijn bindende werking en de controle op de naleving. In de *eerste pijler* vinden we het gemeenschapsrecht, gebaseerd op het EG-verdrag. In de *tweede pijler* krijgt het gemeenschappelijke defensie- en buitenlands beleid gestalte. In de *derde pijler* gaat het om de samenwerking op het terrein van justitie en binnenlandse zaken.²⁹ Waar het strafrecht in het gemeenschapsrecht kan worden gezien als bijzaak, de hoofddoelstelling van het EG-verdrag bestaat immers uit het realiseren van de interne markt, ligt dat in het unierecht anders. In het derde-pijlerrecht is het strafrecht *het* handhavingsinstrument.

De eerste pijler is hiervoor reeds aan de orde gekomen. De tweede zal ik laten rusten. Afgezien van sancties en boycotten is deze pijler vanuit strafrechtelijk oogpunt bezien niet zo relevant. In deze paragraaf gaat het derhalve om de derde pijler. De Unie heeft

²³ HvJ, 5 februari 1963, Van Gend en Loos, C-26/62, Jur. 1963, 1 en HvJ, 15 juli 1964, Costa/ENEL, C-6/64, Jur. 1964, 585.

²⁴ HvJ, 21 september 1989, C-68/88, Commissie tegen Griekenland, Jur. 1989, 2965. Op grond van het in dit belangrijke arrest geformuleerde assimilatiebeginsel, inhoudende dat de lidstaten de handhaving van het gemeenschapsrecht zoveel mogelijk verrichten op de wijze waarop vergelijkbare overtredingen van nationaal recht worden gehandhaafd, kan een lidstaat die bij de strafvervolgning een opportunititeitsbeginsel hanteert, dit onverminderd handhaven, ook als het gaat om overtredingen van het gemeenschapsrecht.

²⁵ De handhavingsverplichting behelst de verplichting de normen zonodig in de nationale wetgeving om te zetten en deze bovendien na te leven. Normschending dient te worden gesanctioneerd en mag niet zonder respons blijven.

²⁶ Zie voor de periode tot 1979 A. Mulder, Europees strafrecht, het verslag van een trieste geschiedenis, SEW 1979, p. 466-471.

²⁷ Zie voorts A.H. Klip, Uniestrafrecht, oratie Maastricht 2004, p.6.

²⁸ Verdrag betreffende de Europese Unie van 7 februari 1992.

²⁹ Ik hanteer de volgende begrippen als synoniemen: uniestrafrecht, derde pijlerrecht, samenwerking op het terrein van justitie en binnenlandse zaken.

hier als doel geformuleerd de “handhaving en ontwikkeling van de Unie als een ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid waarin het vrije verkeer van personen gewaarborgd is in combinatie met passende maatregelen met betrekking tot controles aan de buitengrenzen, asiel, immigratie en voorkoming en bestrijding van criminaliteit” (art. 2 EU-verdrag). In het Verdrag van Maastricht van 1992 is de grondslag gelegd voor de *onderlinge aanpassing* van het nationale strafrecht indien dit strookt met de doelstellingen van de Unie. Hoe heeft de Unie hiervan gebruik gemaakt? Enerzijds is men voortgegaan op de weg van gemeenschappelijke definities van bepaalde misdrijven (bijv. criminele organisatie,³⁰ valsemunterij,³¹ corruptie,³² terrorisme³³). Anderzijds richt zij zich op het versoepelen van de samenwerking tussen de lidstaten.³⁴

Het Verdrag betreffende de Europese Unie voorziet in een belangrijke rol voor de Raad. Deze instelling bestaat op grond van artikel 203 EG-verdrag uit vertegenwoordigers van de regeringen van de lidstaten. De Raad neemt bij eenparigheid besluiten (art. 34 lid 2 EU-verdrag). Initiatieven tot wetgeving kunnen worden genomen door elke lidstaat en door de Commissie. In de praktijk worden veel initiatieven genomen door de lidstaat die in dat half jaar het Voorzitterschap van de Raad bekleedt. Enige profileringsdrang bij het aandragen van thema's kan geen van de voorzitters ontzegd worden. Ook in de derde pijler is de Commissie ambitieus en machtsghongerig, maar formeel is haar positie aanzienlijk bescheidener dan in de eerste pijler. Zij kan wel wetgevingsinitiatieven nemen, maar staat buiten spel in de besluitvorming. Zij kan lidstaten niet voor het Hof van Justitie dagen wegens niet-naleving van het unierecht. Enkel de wettigheid van kaderbesluiten en besluiten kan door het Hof worden getoetst (art. 35 lid 6 EU-verdrag).

De EU beschikt in de derde pijler over een ander juridisch instrumentarium dan in de eerste. Allereerst is er het Verdrag betreffende de Europese Unie, voorts zijn er *overeenkomsten, kaderbesluiten, besluiten en gemeenschappelijke standpunten*, die op grond van artikel 34 EU-verdrag worden vastgesteld. De overeenkomsten zijn verdragen naar internationaal recht. De kaderbesluiten zijn opgesteld voor de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten. Zij zijn “verbindend voor de lidstaten ten aanzien van het te bereiken resultaat, doch aan de nationale instanties wordt de bevoegdheid gelaten vorm en middelen te kiezen. Zij hebben geen rechtstreekse werking.” Besluiten gaan, zoals artikel 34 lid 2 EU-verdrag het formuleert, over elk ander doel, dat niet met de doelstellingen van de derde pijler verenigbaar is. Ze zijn verbindend en hebben geen rechtstreekse werking. In gemeenschappelijke standpunten wordt de aanpak van de Unie ten aanzien van een bepaalde aangelegenheid omschreven. Uit de tijd van het Verdrag van Maastricht

³⁰ Gemeenschappelijk Optreden van 21 december 1998 inzake de strafbaarstelling van deelneming aan een criminele organisatie in de lidstaten van de Europese Unie, PB 1998, L 351/1.

³¹ Kaderbesluit van 29 mei 2000 tot versterking, door middel van strafrechtelijke en andere sancties, van de bescherming tegen valsemunterij in verband met het in omloop brengen van de euro, PB 2000, L 140/1, gewijzigd bij Kaderbesluit van 6 december 2001, PB 2001, L 329/3.

³² Gemeenschappelijk Optreden van 22 december 1998 inzake corruptie in de privésector, PB 1998, L 358/2.

³³ Kaderbesluit van 13 juni 2002 inzake terrorismebestrijding, PB 2002, L 164/3.

³⁴ Bijv. Overeenkomst van 29 mei 2000 betreffende de wederzijdse rechtshulp in strafzaken tussen de lidstaten van de Europese Unie; Kaderbesluit van 26 juni 2001 inzake het witwassen van geld, de identificatie, opsporing, bevrozing, inbeslagneming en confiscatie van hulpmiddelen van opbrengsten van misdrijven, PB 2001, L 182/1; Kaderbesluit van 13 juni 2002 betreffende het Europees aanhoudingsbevel en de procedures van overlevering tussen de lidstaten, PB 2002, L 190/1.

resteren nog enkele *gemeenschappelijke optredens*.³⁵ De betekenis voor het strafrecht van het EU-verdrag zelf, en met name de doelstelling van een “steeds hechter verbond tussen de volkeren” (preamble)³⁶ en het scheppen van een ruimte van vrede, veiligheid en rechtvaardigheid (art. 29 EU-verdrag), lijkt beperkt tot het aanduiden van een zeer ver gelegen ideaal, alsmede het geven van een juridische grondslag voor de zojuist genoemde vier rechtsinstrumenten.³⁷

Net als in de eerste pijler is aan het Hof van Justitie ook in de derde pijler de bevoegdheid gegeven bij prejudiciële verwijzing te beslissen. Het Hof kan beslissen op de geldigheid en uitlegging van kaderbesluiten en besluiten en over de uitlegging van overeenkomsten (art. 35 lid 1 EU-verdrag). De eerste beslissing in deze soort werd in 2003 genomen.³⁸ Inmiddels zijn er meer gevolgd en zoveel aanhangig, dat mag worden verondersteld dat de betekenis van de rechtspraak van het Hof in het uniStrafrecht even baanbrekend zal zijn als in het gemeenschapsrecht.

Sinds het Verdrag van Maastricht van 1992 aan de EU een wetgevingsbevoegdheid gaf op het terrein van het strafrecht, zijn tal van organisaties in het leven geroepen. Al in 1993 werd besloten tot oprichting van een Europese politiedienst: *Europol*. Deze in Den Haag gevestigde organisatie richt zich op de uitwisseling en analyses van gegevens tussen de verschillende landen van de EU.³⁹ Europol heeft geen operationele bevoegdheden (d.w.z. mag niet zelf opsporen of dwangmiddelen hanteren) en is dus voor het verkrijgen van informatie afhankelijk van de politiediensten van de lidstaten. Enkele jaren geleden werd *Eurojust* opgericht.⁴⁰ Dit is een samenwerkingsverband van officieren van justitie van de lidstaten, die elkaar kunnen bijstaan in het verkrijgen van internationale rechtshulp en gezamenlijk beslissingen kunnen nemen over de meeste gerede plaats van vervolging.⁴¹ Het *Europees justitieel netwerk* probeert de magistratuur steun te bieden bij het verkrijgen van rechtshulp of informatie over buitenlands recht.⁴² Ik meld hier ook nog de mogelijkheid van de oprichting van *Gemeenschappelijke onderzoeksteams*.⁴³ Deze gemengd nationaal samengestelde opsporingseenheden hebben geen permanente structuur maar kunnen afhankelijk van de

³⁵ Zonder compleet te kunnen zijn een drietal: Gemeenschappelijk Optreden van 29 juni 1998 inzake goede praktijken bij wederzijdse rechtshulp in strafzaken, PB 1998, L 191/ 1; Gemeenschappelijk Optreden van 29 juni 1998 tot oprichting van een Europees Justitieel Netwerk, PB 1998, L 191/ 4; Gemeenschappelijk Optreden van 21 december 1998 inzake de strafbaarstelling van deelneming aan een criminele organisatie in de lidstaten van de Europese Unie, PB 1998, L 351/1. Het Verdrag van Maastricht van 1992 kende in art. K.3 EU-verdrag het rechtsinstrument Gemeenschappelijk Optreden dat het overigens niet nader omschreef. Bij het Verdrag van Amsterdam in 1997 werd het EU-verdrag gewijzigd en werd het Gemeenschappelijk Optreden als rechtsinstrument afgeschaft en het Kaderbesluit ingevoerd. Bestaande Gemeenschappelijk Optredens bleven evenwel van kracht.

³⁶ “Steeds hechter” geeft geen eindtermen aan, de Europese integratie is een never ending story.

³⁷ Enerzijds valt aan “ruimte” de notie te ontleen dat het gaat om iets zonder binnengrenzen, anderzijds vormt het begrip ook een kapstok waaraan je alles, als de politieke wil er is, aan kunt ophangen.

³⁸ HvJ, 11 februari 2003, Gözütok en Brügge, C-187/01 en 385/01.

³⁹ Overeenkomst van 26 juli 1995 tot oprichting van een Europese Politiedienst, Trb. 1995, 282.

⁴⁰ Gemeenschappelijk Optreden van 14 oktober 1996 houdende een gemeenschappelijk beleidskader voor de initiatieven van de Lid-Staten betreffende de verbindingsofficieren, PB 1996, L 268/2.

⁴¹ Zie voor een beschrijving van Eurojust en het Europees Justitieel Netwerk, M.I. Veldt-Foglia, Eurojust, in: G.J.M. Corstens *et al*, Europeanisering van het Nederlands Recht, Opstellen aangeboden aan Mr. W.E. Haak, Deventer 2004, p. 369-390.

⁴² Gemeenschappelijk Optreden van 29 juni 1998 tot oprichting van een Europees Justitieel Netwerk, PB 1998, L 191/ 4.

⁴³ Kaderbesluit van 13 juni 2002 inzake gemeenschappelijke onderzoeksteams, PB 2002, L 162/ 1.

omstandigheden door twee of meer lidstaten voor bepaalde strafbare feiten worden opgericht en mogen grensoverschrijdend werkzaam zijn.

Oorspronkelijk was de focus van de Europese Unie beperkt tot het terrein van de strafrechtelijke samenwerking. Die beperking heeft zij al geruime tijd laten varen. Ook op materieel strafrecht en op strafprocesrecht worden initiatieven ontwikkeld. Daarnaast is er een belangrijke andere ontwikkeling te constateren. Waar in de jaren negentig de nadruk lag op instrumenten die harmonisatie van strafwetgeving beoogden,⁴⁴ alsmede samenwerkingsinstrumenten,⁴⁵ wordt sinds de eeuwwisseling vooral gewerkt aan wederzijdse erkenning van elkaars beslissingen en van onderzoekshandelingen.⁴⁶

Naar elkaar toegroeien van de eerste en de derde pijler

Het gegeven dat het gemeenschapsrecht wel een plicht tot handhaving maar geen verplichting tot het inzetten van het strafrecht als instrument kent, en het uniestrafrecht wel verplicht tot inzetten van het strafrecht maar niet tot handhaving, heeft tot de combinatie van beide verplichtingen geleid. Er zijn uit de afgelopen tien jaar diverse voorbeelden bekend, waarin de Raad en de Commissie gezamenlijk optrokken om het strafrecht te kunnen inzetten als handhavingsmechanisme. Dat gebeurde door identieke verplichtingen naar te leggen in een verordening en een verdrag,⁴⁷ of in een richtlijn en een kaderbesluit.⁴⁸

In de Grondwet voor Europa was voorzien in het laten samenvallen van de eerste en derde pijler. Dit verdrag is echter niet in werking getreden.⁴⁹ Als het gaat om een verdere integratie van de eerste en de derde pijler met betrekking tot het strafrecht is een dergelijke verdragswijziging naar mijn mening ook niet meer noodzakelijk. Op 13 september 2005 besliste het Hof van Justitie dat de gemeenschap op grond van het EG-verdrag de bevoegdheid heeft strafsancities vast te stellen op de terreinen die aan haar zijn toegewezen.⁵⁰ Deze beslissing werd weliswaar genomen ten aanzien van een competentiestrijd tussen de Commissie en de Raad over de bevoegdheid strafrechtelijke sancties terzake van het milieurecht vast te stellen, maar zal ook buiten dat terrein

⁴⁴ Een voorbeeld: de Overeenkomst van 26 juli 1995 aangaande bescherming van de financiële belangen van de Europese Gemeenschappen, Trb. 1995, 289.

⁴⁵ Twee voorbeelden: Overeenkomst van 26 juli 1995 tot oprichting van een Europese Politiedienst, Trb. 1995, 282; Overeenkomst van 26 juli 1995 inzake het gebruik van informatica op douanegebied, Trb. 1995, 287.

⁴⁶ Twee voorbeelden: Kaderbesluit van 13 juni 2002 betreffende het Europees aanhoudingsbevel en de procedures van overlevering tussen de lidstaten, PB 2002, L 190/1; Kaderbesluit van 26 juni 2001 inzake het witwassen van geld, de identificatie, opsporing, bevrozing, inbeslagneming en confiscatie van hulpmiddelen van opbrengsten van misdrijven, PB 2001, L 182/1.

⁴⁷ Zie de Verordening van 18 december 1995 betreffende de bescherming van de financiële belangen van de Europese Gemeenschappen, PB 1995, L 312/1 en de Overeenkomst van 26 juli 1995 aangaande bescherming van de financiële belangen van de Europese Gemeenschappen, Trb. 1995, 289.

⁴⁸ Zie de Richtlijn 90/2002 van 28 november 2002 tot omschrijving van hulpverlening bij illegale binnenkomst, illegale doortocht en illegaal verblijf, PB 2002, L 328/7 en het Kaderbesluit van 28 november 2002 tot versterking van het strafrechtelijk kader voor de bestrijding van hulpverlening bij illegale binnenkomst, illegale doortocht en illegaal verblijf, PB 2002, L 328/1.

⁴⁹ Overigens ga ik er vanuit dat het huidige EU-recht nog wat langer zal voortleven. Na de afwijzing van de Grondwet voor Europa door Frankrijk en Nederland in 2005 acht ik het uitgesloten dat dit verdrag ooit nog ongewijzigd in werking zal treden.

⁵⁰ HvJ, 13 september 2005, Commissie tegen de Raad, C-176/03. Hiermee werd met oudere rechtspraak, waarin heel helder werd gesteld dat het strafrecht aan de lidstaten toebehoort, gebroken. Zie HvJ, 11 november 1981, Casati C-203/80, Jur. 2595 en HvJ, 25 februari 1988, strafzaak tegen Drexler, C-299/86, Jur. 1986, 1228.

gevolgen hebben. Het gaat hier om een principiële beslissing van het Hof van Justitie. Zij zal gevolgen hebben op alle beleidsterreinen die aan de Commissie op grond van het EG-verdrag zijn toegewezen.⁵¹ Ook in het gemeenschapsrecht zal het strafrecht aan de lidstaten als handhavinginstrument kunnen worden voorgeschreven.⁵²

Vanuit het gemeenschapsrecht is de vraag gerezen in hoeverre de verschillende begrippen (harmonisatie/ coördinatie/ nader tot elkaar brengen) die worden gehanteerd als uitwisselbaar moeten worden gehanteerd of dat het gaat om begrippen met een fundamenteel andere inhoud.⁵³ Daarnaast rijst de vraag of de begrippen uit het gemeenschapsrecht op dezelfde wijze geïnterpreteerd dienen te worden in het unierecht (onderlinge aanpassing/ harmonisatie). En voorts dient zich de vraag aan of zulks niet afhankelijk is van de wijze van doorwerking van het recht. In andere woorden: kan harmonisatie in de eerste pijler wel hetzelfde zijn als in de derde pijler wanneer de doorwerking verschillend is?⁵⁴ Opvallend is dat de in het EG-verdrag en EU-verdrag gehanteerde kernbegrippen, zoals harmonisatie en onderlinge aanpassing niet zijn gedefinieerd.⁵⁵ Het ontbreken van die definities moet gegeven de politieke verhoudingen, als beoogd worden beschouwd. Elke staat kan een en ander zo uitleggen als hij wil, het beperkt niet en biedt grote ruimte voor nieuwe ontwikkelingen.

2.4 Nationaal strafrecht

Het nationale strafrecht van alle lidstaten is ontwikkeld in een proces van eeuwen, het symboliseert een nationale identiteit en cultuur. Het is totstandgekomen in een tijd dat zuiver nationaal werd gedacht en houdt in zijn opbouw geen rekening met (invloed van) recht van bovenationale oorsprong. Het fundamenteel andere karakter van het Europese recht en het nationale strafrecht vergen een korte beschouwing over de eigenaardigheden van het strafrecht vanuit Europees perspectief. Het bewustzijn van deze eigenaardigheden kan bijdragen tot het begrip van de nog te constateren problemen tussen Europese rechtsbeginselen en die van nationaal strafrecht.⁵⁶

Straffen als zodanig, maar ook al het voeren van een strafproces zetten van nature een meningsverschil op scherp. Anders dan wellicht in andere rechtsgebieden kunnen rechtssubjecten zich niet aan het strafrecht onttrekken. Strafrecht is per definitie dwingend recht. Het beperkt vrijheden van burgers en marktdeelnemers. De interne markt daarentegen schept vrijheid. Plegers van strafbare feiten kunnen zich natuurlijk

⁵¹ De Commissie heeft een lijst opgesteld van instrumenten die naar haar oordeel eveneens vernietigd zouden moeten worden. Zie Communication from the Commission to the European Parliament and the Council on the implications of the Court's judgment of 13 September 2005 (Case C-176/03 Commission v. Council) COM (2005) 583 final, Brussels, 23.11.2005.

⁵² De Nederlandse regering gaat daar desondanks niet vanuit. Zie de beantwoording door de Minister van Justitie van vragen van het lid van Bommel over strafrechtelijke sancties in richtlijnen, 11 januari 2006.

⁵³ Uit Lauwaars/ Maarleveld, *supra* noot 6, p. 45-51 blijkt dat de begrippen als synoniemen worden beschouwd.

⁵⁴ De eerste zaken van het Hof van Justitie tonen dat het Hof de begrippen identiek interpreteert. HvJ, 11 februari 2003, Gözütok en Brügge, C-187/01 en 385/01; HvJ, 16 juni 2005, strafzaak tegen Pupino, C-105/03; HvJ, 13 september 2005, Commissie tegen de Raad, C-176/03.

⁵⁵ Daarnaast komen er nog andere termen voor met een verwante betekenis: onderlinge aanpassing/ gelijkshakeling/ uniformering/ eenmaking/ naar elkaar toegroeien/ convergence.

⁵⁶ Vlak voor afsluiting van het manuscript (maar te kort om het te verwerken) ontving ik het proefschrift van E.A.M. Verheijen, Nederlandse strafrechtelijke waarden in de context van de Europese Unie, waarop zij op 17 februari 2006 aan de Universiteit van Tilburg promoveerde.

wel feitelijk aan de handhaving onttrekken, maar dat belet niet dat het strafrecht gewoon op hen van toepassing is. Slechts door keuzes te maken voor de plaats van het strafbaar feit kan een verdachte de toepasselijkheid van het recht beïnvloeden. Bijvoorbeeld door als arts euthanasie te plegen volgens de wettelijke regeling in Nederland en niet in Ierland. Als aan die strafbare gedraging een Europese regeling ten grondslag ligt zijn de gevolgen van locus-delicti-keuzes geringer. Dat wil zeggen, dat naar mate het harmoniserende effect van een regeling groter is, de mogelijkheid van ontsnapping aan dat geharmoniseerde recht geringer wordt. Voor wat betreft de norm, maakt het voor een overtreding van de wetgeving omtrent ongebruikelijke transacties, die is verboden op grond van een Europese richtlijn, weinig uit of deze in Nederland of Ierland plaatsvindt. Handhavingsaspecten kunnen echter wel degelijk verschillen, maar dat is dan het gevolg van het feit dat de harmonisatie zich op wetgeving en niet op handhaving richt.

Alleen het strafrecht kan mensen vanwege verwijtbaar gedrag langdurig opsluiten. Het strafrecht beschikt over een grote morele lading. Door de toepassing ervan drukt de samenleving uit dat het gedrag uiterst verwerpelijk is. Het strafrecht, althans in alle nationale strafstelsels, heeft zich ontwikkeld in een strijd tussen instrumentaliteit en rechtsbescherming en daarin een evenwicht gevonden. Rechtshandhaving en rechtswaarborgen zijn de twee pijlers van elk strafstelsel. Kenmerk van de Europese Unie is dat zij wel die instrumentaliteit steunt, maar niet of nauwelijks oog heeft voor de rechtsbescherming.⁵⁷ De Commissie, het Europees Parlement en de Raad lijken niet zozeer geïnteresseerd in het strafrecht, maar in straffen. Gedacht vanuit een vrije markt met even sterke marktdeelnemers die zelf aan de totstandkoming van het recht kunnen bijdragen zijn rechtswaarborgen wellicht ook niet zo noodzakelijk. De verhouding tussen de partijen in het strafproces is echter ongelijkwaardig. De staat bepaalt de loop der dingen. De verdachte is voorwerp van onderzoek. Waar in het gemeenschapsrecht de gedragsbeïnvloeding gericht is op een traceerbare lidstaat, is dat bij strafbare feiten een anonieme burger, die zich in de regel niet vrijwillig meldt. Dat laatste aspect maakt ook de link van het strafrecht met de handhaving sterker in de zin dat strafrecht handhaving verlangt om normen te bevestigen. Van een wettelijke strafbedreiging waarop geen opsporing en vervolging plaatsvindt, gaat weinig gedragsbeïnvloeding uit. Voor het strafrecht maakt de spanning tussen overheidsoptreden en rechtsbescherming het rechtskarakter uit.

In het strafrecht bestaat van nature de neiging het vizier te beperken tot wetgeving in formele zin (*hard law*). Dit kan eenvoudigweg worden verklaard uit het tweeledig werkende legaliteitsbeginsel. Ten eerste gaat het daarbij om de norm dat een feit slechts strafbaar is uit een voorafgaande strafbepaling. Deze norm is niet alleen in het Wetboek van Strafrecht (art. 1) maar ook in de Grondwet (art. 16) en in mensenrechtenverdragen (bijv. art. 7 EVRM) erkend. Ten tweede kan de overheid haar optreden tegen overtreders van dergelijke normen slechts baseren op wettelijk toegelaten opsporings- en berechtingsmethoden. Ook dit strafvorderlijk legaliteitsbeginsel heeft een stevige grondslag.⁵⁸ Dat verklaart mogelijk dat de EG/ EU als stakeholder en beïnvloeder door

⁵⁷ Ik heb slechts drie instrumenten van niet-repressieve aard gevonden: Kaderbesluit van 15 maart 2001 inzake de status van het slachtoffer in de strafprocedure, PB 2001, L82/1 en de bij de afsluiting van dit manuscript nog in langdurige onderhandeling verkerende Kaderbesluit over bepaalde procedurele rechten in strafprocedure in de gehele Europese Unie, alsmede het Groenboek over jurisdictieconflicten en het ne bis in idem beginsel in strafzaken van 23 december 2005 COM (2005) 696 final.

⁵⁸ Art. 1 Sv. Voorts de codificatieplicht van art. 107 Gw. Mensenrechtenverdragen verlangen steeds een wettelijke grondslag voor inbreuken, zie bijv. art. 5 EVRM.

de strafrechtelijke wereld (al dan niet tegen beter weten in) lang is genegeerd of als ongewenste indringer is beschouwd.

Waar het Nederlandse strafrecht bij invoering van het Wetboek van Strafrecht gold als *ultimum remedium* is het inmiddels verworden tot eerste middel waarnaar men dikwijls grijpt: *primum remedium* dus. Het zou een apart onderzoek vergen om vast te stellen wat de oorzaken zijn van de fundamentele verandering in Nederland ten aanzien van het strafrecht. Sinds 1990 is het veranderd van een land dat erg terughoudend met strafrecht was en dat weinig positieve effecten van het strafrecht als handhavinginstrument verwachtte, naar een land dat zich koestert in de veronderstelde kracht van het strafrecht in de bestrijding van alle kwaad, zoals het dragen van burka's, haatzaaien, wildplassen en het likken van tenen in openbare parken. De politieke verwachtingen van het strafrecht staan zo ver af van de werkelijkheid dat het lachwekkend zou zijn, ware het niet, dat het om zo serieuze zaken gaat. Waar het me hier echter om gaat, is dat Nederland strafrechtelijk gezien een "gewoon" Europees land is geworden, dat in hoge verwachtingen van de symboliek van het strafrecht niet meer onder doet voor andere landen. Op Nederland past niet meer de kwalificatie dat het een mild strafklimaat kent, maar dat het beschikt over een behoorlijk repressief strafklimaat.⁵⁹

2.5 Karakterisering en waardering van het acquis: fragmentarisch en weinig doeltreffend

In de paragrafen 2.1-2.3 heb ik de hoofdlijnen beschreven van de invloed van Europa op het strafrecht. Het accent lag daarbij op het Europese perspectief. In deze paragraaf maak ik een analyse van wat er nu werkelijk met het strafrecht gebeurt onder de noemer Europese integratie en harmonisatie. Allereerst onderzoek ik in welke vorm en met behulp van welke middelen deze doelen worden nagestreefd (par. 2.5.1). In paragraaf 2.5.2 wordt naar de resultaten van inspanningen voor integratie en harmonisatie gekeken. In paragraaf 2.6 probeer ik de constatering te verklaren.

2.5.1 Methoden van integratie en harmonisatie: vorm en middelen

De vorm

In wezen hanteert de Europese Unie slechts twee vormen die met hard law en soft law kunnen worden aangeduid. Hard law is wetgeving en vormt de ruggegraat van de integratie en harmonisatie. Onder soft law versta ik die sturingsinstrumenten die geen wetgeving zijn. Zij kunnen echter wel gebaseerd zijn op wetgeving. Deze begrippen vallen grotendeels, maar niet volledig, samen met harmonisatie en integratie. Bij alle harmonisatie- en integratievormen is sprake van verschillende begeleidende verschijnselen. Allereerst worden harmonisatie en integratie ook wel geplaatst in het perspectief van een proces met verschillende snelheden (integratie à la carte).⁶⁰ In de context van Schengen is en wordt dat begrip wel gehanteerd en ook in de Grondwet voor Europa is zoiets voorzien. De Schengenstaten harmoniseren dan wat sneller dan de

⁵⁹ Ik noem hier slechts de detentieratio. Van 49 gedetineerden per 100.000 inwoners in 1992 steeg het aantal naar 127 in 2005 (bron: www.prisonstudies.org). Geen enkele andere lidstaat maakte zo'n exponentiële groei door.

⁶⁰ Een typering die afkomstig is van Donner, *supra* noot 1, p. 75.

andere lidstaten van de Europese Unie. Voorts is interessant dat integratie en harmonisatie wordt verstaan als een lineair, dat wil zeggen: onomkeerbaar proces.⁶¹

Hard law: vorm en middelen

De Europese wetgeving dient op strafrechtelijk terrein door middel van omzetting in de nationale rechtsorde te worden geëffectueerd. In de eerdere paragrafen is dit voldoende aan de orde geweest. Een begeleidende factor bij de wetgeving is de tijd. Alle rechtsinstrumenten die hun invloed op het strafrecht uitoefenen bevatten termijnen waarbinnen de lidstaten aan de omzettingsverplichtingen dienen te voldoen. Bij richtlijnen en kaderbesluiten is een dergelijke verplichting weer te vinden in een van de slotartikelen van het instrument.⁶² Zij bedraagt in de regel twee jaar. Deze zogenaamde implementatietermijn dient ertoe om staten een redelijke termijn te geven om aan hun verplichtingen te voldoen. Veelal zal omzettingswetgeving noodzakelijk zijn. Deze kan binnen die periode voor advies aan de Commissie worden voorgelegd.

Eveneens specifiek voor de wetgeving is de vraag wat voorwerp van harmonisatie is of zou kunnen zijn.⁶³ Er zijn auteurs die er sterk voor pleiten dat uitsluitend het materiële strafrecht geharmoniseerd zou kunnen worden.⁶⁴ Anderen stellen dat het bij harmonisatie juist gaat om processuele regels. Ik ben niet zo overtuigd geraakt van de argumenten van het in- en uitsluiten van deelgebieden van het straf(proces)recht van harmonisatie.⁶⁵ De scheiding tussen formeel en materieel strafrecht is niet zo strikt dat zij niets met elkaar te maken hebben. Als bijvoorbeeld de aansprakelijkheid van rechtspersonen wordt gedefinieerd, dan heeft dit onmiskenbaar gevolgen voor de toerekening van handelen aan de rechtspersoon en de wijze waarop dat kan worden bewezen. Veel materiële rechtsvragen zijn verweven met formele en omgekeerd. Naar mijn mening kan het gehele straf(proces)recht, inclusief de handhaving en aan welke organen dat is toebedeeld voorwerp van harmonisatie zijn.

Er is slechts één thema uitgesloten is van integratie en harmonisatie: de rechtstaal. Dit vormt het enige echte Europese taboe. Omdat taal tevens rechtstaal is, leidt het gebruik van verschillende rechtstalen tot verschillende interpretaties. Door het gebruik van begrippen in het Nederlands heeft dit automatisch een Nederlandsrechtelijke, zo u wilt een Belgisch-rechtelijke, uitleg tot gevolg. Een ieder die aan rechtsvergelijking heeft gedaan weet dan dat met andere taalversies mogelijk volslagen andere concepten

⁶¹ Donner, *supra* noot 1, p.24. Ook Schengen is daar een voorbeeld van en wordt beschouwd als voorloper voor de EU, waarbij andere staten zich later kunnen aansluiten.

⁶² Bijv. het Kaderbesluit van 25 oktober 2004 betreffende de vaststelling van minimumvoorschriften met betrekking tot straffen op het gebied van de illegale drugshandel, PB 2004, L 335/8 kent een termijn van anderhalf jaar. De meeste kaderbesluiten kennen echter een termijn van twee jaar, zie bijv. Kaderbesluit van 24 februari 2005 over aanvallen op informatiesystemen, PB 2005, L 69/67. Richtlijnen kennen in de regel ook een omzettingstermijn van twee jaar, soms wordt daar van afgeweken. Verordeningen treden enkele dagen na publikatie in werking.

⁶³ Ik laat de vraag wat tot het strafrecht behoort even rusten, maar ook daarover zijn de verschillende staten niet dezelfde mening toegedaan. Heikele thema's zijn hier de administratieve overtredingen en het mededingingsrecht.

⁶⁴ Bijv. U. Sieber, Memorandum für ein Europäisches Modellstrafgesetzbuch, Juristenzeitung 1997, p. 369-381; J.J.E. Schutte, Unification and Harmonisation of Criminal Procedures in the European Union, in: J.F. Nijboer and W.J.J.M. Sprangers, Harmonisation in Forensic Expertise, Amsterdam 2000, p. 43-54.

⁶⁵ Zo schijnt bij diverse regeringen van lidstaten na de uitspraak van het Hof van Justitie van 13 september 2005 de opvatting te leven dat er voor harmonisatie van strafprocesrecht geen grondslag aanwezig is.

worden binnengehaald, passend in een geheel eigen context. Waar het richtsnoer voor de bepaling van verplichtingen voor staten en burgers een gemeenschappelijke Europese norm is, kan voor de verschillen die uit een verschillend gebruik van talen voortvloeien naar mijn mening geen plaats meer zijn. In haar streven naar integratie en harmonisatie werpt de Unie hier zelf een grote belemmering op door eraan vast te houden dat alle 21 Europese talen als authentieke taal gelden.⁶⁶ Als er een middel is om mensen dichterbij elkaar te brengen dan is het dat zij de beschikking hebben over een gemeenschappelijke taal. In elk geval lijkt wel helder dat harmonisatie door een gemeenschappelijke rechtstaal zou worden bevorderd.⁶⁷

Strafrechtelijke samenwerking

Op het terrein van de samenwerking zijn nieuwe samenwerkingsvormen ontstaan. De volgende ontwikkelingen vallen te constateren. De eerste is die van het vereenvoudigen van de samenwerking of het verruimen van de mogelijkheden ervan. Te denken valt hierbij aan de EU-rechtshulpovereenkomst 2000. De tweede betreft de oprichting van nieuwe organen, zoals Europol, Eurojust en het Europees Justitieel Netwerk, die ook voor de nationale politie en justitie de samenwerkingsmogelijkheden vergroten. De derde ontwikkeling is die van de formele harmonisatie als facilitering van de samenwerking.⁶⁸ Hier leunt de samenwerking sterk op het concept wederzijdse erkenning. Lidstaten worden het erover eens dat zij bepaalde rechtsfiguren als equivalent beschouwen om aldus geen belemmeringen op te werpen in de samenwerking. Die rechtsfiguren zijn helemaal niet hetzelfde, maar dat verschil doet er even niet voor de samenwerking. Ik denk hierbij aan de lijsten à la artikel 2 Kaderbesluit Europees aanhoudingsbevel,⁶⁹ waarmee men abstraheert van de tussen lidstaten bestaande verschillen. Waar voorheen steeds de dubbele strafbaarheid moest worden beoordeeld aan de hand van het gehele feitencomplex, bepaalt thans de verzoekende staat door het aanvinken van één van de delicten uit de lijst, dat het gaat om een delict waarvoor rechtshulp dient te worden gegeven. Hieraan ligt weliswaar de veronderstelling ten grondslag dat dubbele strafbaarheid bij die lijstfeiten gegeven is, maar dat hoeft niet steeds zo te zijn. Het gaat immers enkel om de naam van het delict: dezelfde vlag hoeft niet dezelfde lading te dekken. Bovendien kunnen staten hun wetgeving wijzigen. Belangrijker vind ik de constatering dat een dergelijk stelsel het

⁶⁶ Zie F.G.H. Kristen, Misbruik van voorwetenschap naar Europees recht, Dissertatie Universiteit van Tilburg 2005 (cum laude), p. 10-23; W.C. van Binsbergen, Integratie, Een revolutie? Inaugurele rede Utrecht 1963, p. 12; A.W.H. Meij, Toekomstperspectieven van het Hof van Justitie van de EG, in: G.J.M. Corstens et al, *supra* noot 41, p.62.

⁶⁷ De Raad van Europa hanteert maar twee taalversies die al tot meer dan voldoende problemen aanleiding geven. De Verenigde Naties doen het met zes. Het Hof van Justitie moet zich steeds vaker bezighouden met verschillende taalversies. Dit bevordert de rechtseenheid niet. In HvJ, 11 februari 2003, Gözütok en Brügge, C-187/01 en 385/01, putte het Hof uit alle beschikbare taalversies van het Schengenverdrag.

⁶⁸ Delmas-Marty constateert dat “while states have the political tendency to prefer cooperation to integration, it is also possible to observe the opposite tendency in legal reality through integration disguised as cooperation.” M. Delmas-Marty, Comparative Law and the Internationalisation of Law in Europe, in: Mark Van Hoecke (ed.) *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishers 2004, p. 253.

⁶⁹ Opmerkelijk is dat de EU hierbij kennelijk de ontwikkeling van enkele eeuwen uitleveringsrecht heeft genegeerd. Ook daar bestond in het verleden slechts een verplichting tot uitleveren voor die delicten die voorkwamen op een bij het verdrag gevoegde lijst. Die lijst ging op den duur zo knellen dat men 50 jaar geleden besloot deze af te schaffen.

materiële strafrecht van de lidstaten niet wijzigt, doch enkel de samenwerking tussen de lidstaten regelt (of zelfs uniformeert).⁷⁰

Wederzijdse erkenning

Wederzijdse erkenning kan worden gekenschetst als een soort horizontale exclusief bilaterale samenwerkingsvormen die in strafprocedures is te verzilveren.⁷¹ Wederzijdse erkenning erkent of veronderstelt verschillen, laat ze voortbestaan, maar schrijft deze verschillen als belemmering voor de samenwerking weg. Dit gaat uit van een eenzijdige normering door de staat die als eerste een verzoek doet. Bij een verzoek tot overlevering zal de ontvangende staat erover heen moeten stappen dat hij een andere definitie van het delict of een ander verdenkingscriterium hanteert. Wederzijdse erkenning dwingt aldus niet tot wijziging van het eigen recht. Toch kan wederzijdse erkenning naar mijn mening dwingen tot incorporatie van vreemde normen. Dat zit in het element dat wederzijdse erkenning een buitenlands onderdeel uit een groter geheel doet erkennen. Dat kan betekenen dat rechtswaarborgen voor verdachten geen toepassing meer vinden.

Opmerkelijk is dat wederzijdse erkenning niet is gedefinieerd, terwijl het concept sinds de Top van Tampere in 1999, wordt beschouwd als een van de hoekstenen van de Europese ruimte. De consequenties van wederzijdse erkenning zijn hier nog niet goed doordacht. Ik kom daar later op terug. Het is natuurlijk wel mogelijk om een bewijsmiddel over te brengen van Nederland naar België, maar zijn existentiële status ontleent het aan het Nederlandse recht. Van de Belgen vergen dat ze dat bewijsmiddel blindelings accepteren zou een harmoniserend effect kunnen hebben als de Belgen alleen met Nederland rekening hoefden te houden. Dan valt daar op in te spelen door eventueel ontbrekende waarborgen te compenseren. Maar dat is niet het geval, naast Nederland zijn er nog 23 andere lidstaten met weer geheel andere voorschriften. Wederzijdse erkenning kan zo niet bijdragen tot harmonisatie maar eerder een tegensteld effect oproepen: anarchie of wild west, alles mag en alles kan, zolang het maar uit het buitenland komt.

Oprichting van nieuwe organen

Met het oprichten van nieuwe organen, zoals Europol en Eurojust wordt iets nieuws, iets gemeenschappelijk Europees opgericht. Aldus heeft deze institutionele integratie een ander effect dan de normatieve harmonisatie of integratie door veelvuldiger samenwerking. Waar de normatieve harmonisatie leidt tot veranderingen in het nationale recht van de lidstaten (waar voorts verschillen blijven bestaan), schept een institutionele integratie een Europees orgaan dat voor iedereen hetzelfde is. Hierbij kan een harmoniserend effect ontstaan. Van het gemeenschappelijk orgaan mag natuurlijk enige harmoniserende werking worden verondersteld. Daarnaast is er ook een tegengesteld effect, blijven alle bestaande nationale structuren in stand, de nationale politiediensten zijn immers niet opgeheven en hebben zij hun bevoegdheden niet verloren.⁷² Vóór de oprichting van Europol ging alle informatieuitwisseling tussen de gelijkwaardige nationale politiediensten, waarbij steeds sprake was van bilaterale

⁷⁰ Dat is niet systematisch gedaan. Een voorbeeld: Doordat bij de overlevering de garantie van terugkeer om de straf in eigen land uit te zitten wordt gesteld, moet worden gekeken of voldaan is aan de voorwaarden van overdracht strafexecutie. Een van de belangrijkste daarvan is de dubbele strafbaarheid. Overigens is de dubbele strafbaarheid op deze wijze niet opgeheven. Wat de lijst doet is dat het van een aantal delicten bij voorbaat vaststelt dat aan deze voorwaarde is voldaan.

⁷¹ Het integratieve element is zwak ontwikkeld omdat de erkenning afhankelijk is van de criminele politiek van 27 verschillende entiteiten.

⁷² Mijn inschatting is dat dit effect vanuit de Unie niet of nauwelijks wordt onderkend.

contacten. Nu Europol operationeel is worden de horizontale-bilaterale contacten aangevuld met een verticale lijn met Europol. Op deze plaats is het van belang te onderkennen dat het bij het opzetten van nieuwe organen gaat om fundamenteel andere consequenties. Het zijn stappen die uiteindelijk kunnen leiden tot een Europees strafstelsel.⁷³ Dat is niet het geval bij de instrumenten die de wetgeving van de lidstaten trachten te harmoniseren. Deze instrumenten laten de nationale systemen als eigen systeem onaangetast.

Soft law: vorm en middelen

De invloed van Europa reikt inmiddels verder en strekt zich tevens uit over meer beleidsmatige aspecten (*soft law*) en in mindere mate over handhaving. In haar wetgevingsinitiatieven maakt de EU keuzes in wat het wel en niet strafwaardig acht,⁷⁴ en in prioriteiten in de opsporing.⁷⁵ Het gaat hier om criminele politiek en vervolgingsbeleid. Het onophoudbaar blijven hameren door de Commissie en het Europees Parlement dat EG-fraude het grootste kwaad van de mensheid is,⁷⁶ zal toch niettegenstaande ontevredenheid bij de Commissie, wel enig effect geressorteed hebben. Terzake van de delicten die in een bepaalde periode van belang worden geacht ziet men dat zulks leidt tot initiatieven op wetgevend vlak, handhaving en inzet van personen en middelen. De EU bepaalt dan niet precies welke regels moeten worden geformuleerd, maar wel dat er op een bepaald thema iets moet gebeuren. Naarmate de politieke prioriteit hoger is, is het voor een lidstaat moeilijker zich aan het gemeenschappelijk beleid te onttrekken en eigen wegen te bewandelen omdat de rechtsinstrumenten stelliger zijn opgesteld en er meer politieke druk is. Lidstaten wijken nauwelijks af van de algemene lijn met betrekking tot terrorismebestrijding, maar ten aanzien van de drugsbestrijding veroorloven ze zich wel wat verschillen.

Beleidsdoelen

Het beleidsmatige aspect wordt bijzonder goed vorm gegeven in de conclusies van het voorzitterschap,⁷⁷ en allerlei actie-plannen.⁷⁸ Deze laatste harmoniseren niet direct het recht, maar dwingen af dat terzake van een bepaalde thematiek nadere wetgeving of handhaving plaatsvindt. Andere voorbeelden zijn: *centralised databases*, hierin worden gemeenschappelijke databases opgezet die door alle lidstaten kunnen worden geraadpleegd.⁷⁹ Voorts is er het fenomeen van de *best practices*,⁸⁰ en die van het

⁷³ Een initiatief in die richting is het voorstel van de Commissie voor een Besluit betreffende de verbetering van de politiesamenwerking tussen de lidstaten van de Europese Unie, in het bijzonder aan de binnengrenzen en tot wijziging van de Overeenkomst ter uitvoering van het Schengenakkoord, 11407/05, Brussel, 20 juli 2005.

⁷⁴ Zo heeft Nederland het decennia lang niet nodig gevonden virtuele kinderporno strafbaar te stellen. Evenmin koos Nederland voor rechtsmacht op grond van het domiciliebeginsel. Thans staat ook dat dankzij Europese besluitvorming in het wetboek.

⁷⁵ Dat zwenkt weliswaar van periode tot periode. Als voorbeeld van de jaren 70, 80 en begin jaren 90 geldt de EG-fraude. In de tweede helft van de jaren 90 kwamen drugs, handel in nucleair materiaal, vrouwenhandel en kinderporno als prioriteit op. Sinds 2001 allemaal voorbijgestreefd door het terrorisme.

⁷⁶ Dit alles overigens zonder ook maar iets te doen aan de nogal criminogene factoren van het EG-beleid.

⁷⁷ Zie Document 15914/05 van 17 december 2005, Europese Raad van Brussel 15/16 december 2005.

⁷⁸ Enkele willekeurige voorbeelden, Actieplan van 3 december 1998 over hoe de bepalingen van het Verdrag van Amsterdam inzake de totstandbrenging van een ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid het best kunnen worden uitgevoerd; Actieplan terrorismebestrijding van juni 2004; Ontwerp-actieplan inzake mensenhandel, 12402/3/05, Brussel, 18 november 2005.

⁷⁹ Het Schengen Informatiesysteem, het Douane-informatiesysteem, het Visa Informatiesysteem, de Europolssystemen.

scoreboard,⁸¹ waarin in schema staat aangegeven wat op welke afspraak door wie aan reactie is gevolgd.

Handhaving

Tenslotte valt, weliswaar wat zwakker ontwikkeld, nog een handhavingsaspect in de wetgeving te ontdekken. Conform de traditie in het gemeenschapsrecht leggen veel rechtsinstrumenten rapportageverplichtingen op aan de lidstaten. Veelal zijn deze nog op het niveau van wetgeving ingevuld,⁸² maar soms verschijnen ook meer materieel ingevulde rapportageverplichtingen. Gevaar bij dit aspect bestaat in het bevestigen van een formele harmonisatie. Als de rapportagevraag eruit bestaat dat een lidstaat moet rapporteren op welke wijze hij aan de verplichtingen van het instrument heeft voldaan, is de kans groot dat de ingediende rapportage concludeert dat zulks is geschied (vijfjarenplanneneffect of wenselijk antwoord).⁸³ Dit zelfbevestigend effect zal sterker zijn als de evaluatie wordt verricht door (de ambtenaar van) de instantie die verantwoordelijk was voor de uitvoeringswetgeving. Dergelijke constructies van controle stimuleren voorspelbare antwoorden op nalevingsvragen.

De laatste ontwikkeling die de EU heeft ingezet betreft een bescheiden integratie van de handhaving. Verschillende tendensen gaan in de richting van een gemeenschappelijke handhaving. Op het terrein van de opsporing en analyse van strafbare feiten speelt Europol hier een belangrijke rol. Specifiek met betrekking tot EG-fraude is OLAF van belang. Met de oprichting van Eurojust en Gemeenschappelijke onderzoeksteams is de weg ingeslagen waarin handelingen van eenheden die niet zuiver nationaal zijn georganiseerd gevolgen hebben voor de strafrechtshandhaving. Waar alle andere tot dusver besproken ontwikkelingen leiden tot harmonisatie van wetgeving, zijn beslissingen van Eurojust juist van belang in individuele strafzaken. De gevolgen ervan zijn echter verderstrekkend: zij kunnen de criminele politiek (d.w.z. het strafrechtelijk beleid) medebepalen. Aan de bestrijding van welke strafbare feiten dient voorrang te worden gegeven? Welke middelen dienen daartoe worden ingezet?

2.5.2 Resultaten van integratie en harmonisatie

Fragmenten van een Europees strafstelsel

⁸⁰ Bijv. Gemeenschappelijk Optreden van 29 juni 1998 inzake goede praktijken bij de wederzijdse rechtshulp in strafzaken, PB 1998, L 191/1; EU-plan inzake de beste praktijken, normen en procedure bij de voorkoming en bestrijding van mensenhandel, PB 2005, C 311/1.

⁸¹ Communication from the Commission to the Council and the European Parliament, biannual update of the scoreboard to review progress on the creation of an area of “freedom security and justice” in the European Union (first half of 2002), Brussels, 30.5.2002, COM(2002) 261 final.

⁸² Zie bijv. art. 9 lid 2 Kaderbesluit van 25 oktober 2004 betreffende de vaststelling van minimumvoorschriften met betrekking tot straffen op het gebied van de illegale drugshandel, PB 2004, L 335/8: “Uiterlijk op de in lid 1 bedoelde datum delen de lidstaten het secretariaat-generaal van de Raad en de Commissie de tekst mee van de voorschriften waarmee zij hun verplichtingen uit hoofde van dit kaderbesluit in hun interne recht omzetten.”

⁸³ De Commissie heeft hier een taak gekregen. Het in de vorige noot genoemde artikel vervolgt: “De Commissie legt uiterlijk op 12 mei 2009 aan het Europees Parlement en de Raad een verslag voor over de werking van de uitvoering van dit kaderbesluit, met inbegrip van de gevolgen voor de justitiële samenwerking inzake drugshandel.” En ook de Raad houdt op informele wijze evaluaties. Zie bijvoorbeeld Derde ronde van wederzijdse evaluaties met betrekking tot “de uitwisseling van informatie en inlichtingen tussen Europol en de lidstaten en tussen de lidstaten onderling, 7917/2/05 REV 2, Brussel 21 juni 2005.

De resultaten van het gezamenlijke werk van de EG, de EU en de lidstaten is dat er onsamenvhangende fragmenten zijn ontstaan van wat, als de Europese integratie doorzet, zich tot een Europees strafstelsel zou kunnen ontwikkelen. Zo is er nu al tien jaar een Europese politiedienst en wordt er ook op het niveau van het Openbaar Ministerie steeds intensiever samengewerkt. Eurojust en OLAF zijn hiervan voorbeelden. Uit de afgewezen Grondwet voor Europa bleek dat de regeringen van de lidstaten zich de oprichting van een Europees OM konden voorstellen (Art. III-274). Natuurlijk ontbreekt een Europese strafrechter en is er geen Europees Wetboek van strafrecht en van strafvordering in zicht. Wat er wel is, is een behoorlijk ontwikkelde rechtspraak met algemene rechtsbeginselen van het gemeenschapsrecht en veel, heel veel strafwetgeving. In al die instrumenten zitten, weliswaar op weinig samenhangende wijze, stukjes van een Algemeen Deel van het Europese strafrecht verborgen. Eveneens bouwt dit acquis een catalogus op van gedrag dat naar Europese maatstaven als strafwaardig wordt beschouwd. Zo krijgt een Bijzonder Deel langzaam gestalte. De snippers van strafvorderlijke aard zijn nog zo klein dat dit verwaarloosbaar is.

Veel papier en weinig zicht op de werkelijkheid van harmonisatie en strafrechtshandhaving

Dit waardeoordeel hangt natuurlijk samen met mijn definitie van harmonisatie, die zich niet beperkt tot de Europese wetgeving en haar nationale omzetting, maar tevens kijkt naar de feitelijke rechtspraktijk in de nationale rechtsordes. Het onderscheid dat ik hier wil aanbrengen, is dat tussen een meer formele invulling van harmonisatie en een materieel ingevulde harmonisatie. Bij formele harmonisatie kan van harmonisatie worden gesproken als er een gemeenschappelijke regeling is die nationaal is geïmplementeerd.⁸⁴ Daartegenover staat een materieel ingevulde harmonisatie die de rechtshandhaving in de lidstaten dichterbij brengt.

De inspanningen van de Unie zijn vooral gericht op papier: op wetgeving, op rapportages en op evaluatie. Wat merkwaardig doet mij het verschijnsel aan om verdragen te sluiten terzake van thema's die al (dikwijls op identieke wijze) zijn geregeld in verdragen van de Raad van Europa.⁸⁵ Hier lijkt het vooral belangrijk te laten zien dat de EU er is en dat de Raad van Europa letterlijk naar de achtergrond wordt gedrukt. Dat is inmiddels ook wel gelukt met de EU-rechtsinstrumenten die meer dan samenwerking alleen beogen. Hierbij valt te denken aan gemeenschappelijke definities van strafwaardig gedrag en de oprichting van instanties voor de Europese justitie en politie. Thans zijn van de 25 EU-landen geen initiatieven meer te verwachten in de Raad van Europa. Het kopieergedrag heeft zich in andere richting voortgezet. Nu neemt de Raad van Europa bepalingen over die al in EU-instrumenten waren opgenomen.

⁸⁴ D. Flore, *Droit pénal matériel et Union européenne*, in: G. de Kerchove et A. Weyembergh, *Quelles réformes pour l'espace pénal européen?*, Bruxelles 2003, p.73, formuleerde het zo: "Et on en arrive à cette situation paradoxale, dans laquelle on est de plus en plus enfermé actuellement, qui est que le rapprochement qui réussit est celui où il n'y a plus rien à rapprocher, lorsqu'on est parvenu à faire en sorte dans l'instrument que plus personne ne soit obligé à rien."

⁸⁵ Zie bijvoorbeeld het Tweede Protocol uit 2001 bij het Europees rechtshulpverdrag van 1959 (Trb. 2002, 30), grotendeels gekopieerd in het EU-rechtshulpverdrag van 2000 (Trb. 2000, 96). Het Kaderbesluit Gemeenschappelijke Onderzoeksteams (PB L 162 van 20 juni 2002) kopieert vervolgens art.13 EU-rechtshulpverdrag dat weer identiek is aan art. 20 Tweede Protocol Europees rechtshulpverdrag van 1959.

Haast neurotisch valt het gehamer op volledige ratificatie of omzetting van 3^e pijler-instrumenten te noemen.⁸⁶ Na enkele teleurstellende ervaringen over de goedkeuringsbereidheid van verdragen door de lidstaten, heeft de EU geleidelijk aan de strategie gewijzigd. Van inwerkingtreding die afhankelijk is van ratificatie door alle lidstaten ging men over naar *rolling ratification*, hetgeen betekent dat het verdrag al inwerking treedt voor de lidstaten die het aanvaarden, en dus niet gewacht wordt tot de laatste staat zover is. Vervolgens hebben rechtstreeks bindende (niet van goedkeurings- of soms zelfs van uitvoeringswetgeving afhankelijke) kaderbesluiten het licht gezien. De tweede ontwikkeling is die van het consolideren van eerder aangenomen wetgeving. De opeenstapeling van harmoniserende EU-instrumenten neemt zulke vormen aan dat ook zichzelf weer worden opgenomen in een nieuw allesomvattend instrument (zie bijv. het EU-rechtshulpverdrag 2000). De inspanningen in de derde pijler zijn vooral gericht op wetgeving, nauwelijks op handhaving.

Mijn conclusie is dat de gevolgde methode van harmonisatie van strafwetgeving zijn doelstelling in geen geval haalt. De gekozen methode werkt averechts.⁸⁷ De werkelijke invloed van het harmonisatie- en integratiemodel is tot dusver gering, zo niet afwezig.⁸⁸ Dat heeft ten *eerste* te maken met het karakter van compromiswetgeving. Voor (straf-)juristen wringt daar wat. Zij hebben graag houvast aan eenduidige wettelijke of verdragsrechtelijke termen. Voorts zijn we geneigd wetgeving als recht te verstaan, maar Europese integratie is vooral een politiek proces.⁸⁹ Ten dele kan dit een verklaring vormen voor het vage en vrijblijvende karakter van de EU-strafwetgeving, maar ook voor de kritiek die de Unie er van juridische zijde op heeft gekregen. Echte juristen zouden het nooit zo hebben opgeschreven. Naar mijn mening ligt hier één van de grote problemen voor de toepassing van het recht. Politieke besluitvorming is neergelegd in een juridisch instrument, of anders gezegd: aanzienlijk meer dan nationale wetgeving bevat Europese wetgeving in wezen een richtinggevend politiek besluit en laat zij te veel ruimte over voor nadere nationale regelgeving. De Europese Unie is op 1 mei 2004 gegroeid van 15 naar 25 staten, van 375 miljoen inwoners naar 450 miljoen inwoners. Die grootte maakt het vinden van een gemeenschappelijke noemer nog moeilijker dan nu. De verwachting lijkt gerechtvaardigd dat de samenbindende kracht van harmonisatie zal nog verder afnemen.

Maatregelen kunnen geringe, redelijke of vergaande harmonisatie beogen, of zelfs willen overgaan tot unificatie. Voorbeelden zijn definities van strafbare gedragingen. Artikel 2 lid 1 Kaderbesluit over aanvallen op informatiesystemen luidt: “Iedere lidstaat treft de nodige maatregelen om opzettelijk, onrechtmatige toegang tot een informatiesysteem of enig onderdeel daarvan strafbaar te stellen, althans voor gevallen die niet onbeduidend zijn.” De kans dat lidstaten sterk van elkaar zullen afwijken is

⁸⁶ Daar zijn inmiddels aparte mechanismen voor bedacht. Zie bijv. Implementation of the Action Plan to Combat Terrorism, 14734/1/05, 29 november 2005.

⁸⁷ In die zin dat de materiële wetgeving niet naar elkaar toegroeit. De samenwerking wordt door dat effect niet belemmerd, hetgeen weer onderstreept dat verschillend materieel recht er voor de samenwerking niet toe doet en dat we slechts formeel geharmoniseerd hebben.

⁸⁸ Zie Donner, *supra* noot 1, p.23: “De structuur en het huidige integratiemechanisme van de Unie bieden geen adequaat tegenwicht aan deze middelpuntvliedende krachten.”; T. Vander Beken, From Brussels with Love, Bespiegelingen over de invloed van de Europese Unie op het Belgisch strafrecht, Preadvies voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland 2002. Zie Anne Weyembergh, L’harmonisation des législations: condition de l’espace pénal européen et révélateur de ses tensions, Bruxelles 2004, p. 336.

⁸⁹ M. Cappelletti, M. Seccombe en J. Weiler, Integration Through Law, Berlin/ New York 1986, Vol. 1, Book 2, p. 4.

nogal groot: wat zijn de nodige maatregelen, wat is opzettelijk, wat is onrechtmatig en welke gevallen zijn niet onbeduidend? De sturende werking hiervan is zo goed als afwezig. Artikel 7 van hetzelfde kaderbesluit stuurt iets meer. Als het gaat om feiten begaan in het kader van een criminele organisatie geldt dit als een strafverzwarende omstandigheid waar een maximumstraf van tenminste 2-5 jaar bij hoort.

Een ander voorbeeld is de omschrijving van de strafbare gedragingen in artikel 1 Overeenkomst aangaande bescherming van de financiële belangen van de Europese Gemeenschappen. Deze zijn reeds zo nauwkeurig omschreven dat exact datzelfde gedrag strafbaar dient te worden gesteld. Anders ligt het bijvoorbeeld met de minimum-maximumstraf. In dat geval legt het kaderbesluit betreffende de vaststelling van minimumvoorschriften met betrekking tot straffen op het gebied van de illegale drugshandel slechts de verplichting op om het feit met tenminste een straf van een bepaalde hoogte te bedreigen.⁹⁰ De vrijheid die een lidstaat heeft om daarmee om te gaan is groot. Hij kan er voor kiezen een hogere straf te bepalen. Als hij al een hogere straf kende hoeft hij niets te doen.

De *tweede* reden voor de geringe invloed van integratie en harmonisatie is het gebruik van de 21 rechtstalen. Dat leidt per definitie tot verschillen in de taalversies van alle rechtsinstrumenten. In de Europese toren van Babel interpreteert iedereen het Europese recht in zijn eigen (rechts)taal en praat zo langs elkaar heen. Dat geïmplementeerd moet worden is de *derde* reden voor het uiteenlopen van de handhaving in de lidstaten. In de nationale uitvoeringswetgeving kan een lidstaat die in het Europese onderhandelingsproces het onderspit heeft gedolven achteraf alsnog zijn gelijk halen door de implementatieverplichtingen “nogal nationaal” te interpreteren.⁹¹ De cumulatie van de eerste twee geconstateerde factoren: vage normstelling voor een ieder in zijn eigen taal bieden daar ook alle ruimte voor. De *vierde* reden bestaat uit het feitelijk ontbreken van een gemeenschappelijke rechter. De daadwerkelijke rol van het Hof van Justitie bij de uitlegging van kaderbesluiten krijgt in prejudiciële geleidelijk meer gestalte maar is nogal fragmentarisch. Dit vindt zijn oorzaak in het feit dat niet alle lidstaten het Hof van Justitie op gelijke wijze bevoegd hebben gemaakt. Zo zijn er landen die alle rechters de bevoegdheid hebben gegeven tot prejudiciële verwijzingen, maar ook landen die dit hebben beperkt tot de hoogste rechter. De Commissie kan het Hof enkel vragen de wettigheid van kaderbesluiten en besluiten te beoordelen.

De *vijfde* reden vormt de gebrekkige expertise bij de Commissie ten aanzien van het strafrecht. Het gebrek aan expertise op het terrein van het strafrecht staat bruikbare en niet-overbodige wetgeving in de weg. Naar mijn inschatting is ook dit effect tweeledig. Enerzijds doet zich dit gelden op het niveau van wetgeving. Men weet onvoldoende van de stand van zaken om daarop bij het opstellen van regels op in te spelen. Een voorbeeld is de minimum-maximumstraf. Zelfs al nemen alle lidstaten exact hetzelfde

⁹⁰ Bijv. Artikel 4 lid 1 Kaderbesluit van 25 oktober 2004 betreffende de vaststelling van minimumvoorschriften met betrekking tot straffen op het gebied van de illegale drugshandel: “Iedere lidstaat neemt de nodige maatregelen om ervoor te zorgen dat de in artikel 2 bedoelde feiten worden strafbaar gesteld met een maximumstraf van tenminste 1 tot 3 jaar gevangenis.” Mij is onduidelijk geworden waarom het kaderbesluit niet bepaalt dat “tenminste 1” jaar moet zijn opgenomen in de nationale wetgeving. De toevoeging “tot 3” heeft geen waarde.

⁹¹ Zie Weyembergh, *supra* noot 88, p. 342. Alleen al de lijstfeiten van het Kaderbesluit Europees Aanhoudingsbevel tonen veel verschillen: *computer-related crime* is wat anders dan informaticacriminaliteit. In de Nederlandse versie gaat het om opzettelijke brandstichting, in het Duits is *Brandstiftung* zonder opzet genoeg.

strafmaximum over, dan leidt dat tot een schijnovereenstemming. In de strafbedreiging wordt geen rekening gehouden met allerlei andere factoren die de straf medebepalen (o.a. de voorwaardelijke of vervroegde invrijheidsstelling, het detentieregiem, het gratiebeleid).⁹² Veel besluitvorming bevat geen heldere probleemanalyse en toont weinig inzicht in de verschillende strafstelsels⁹³ en de kwaliteit is ondermaats.⁹⁴ De lidstaten corrigeren dit niet omdat in de onderhandelingen hun inzet eerder is gericht op een zo gering mogelijke afwijking van het eigen recht, dan een objectief beste regeling. Anderzijds is er geen of onvoldoende inzicht in de effecten van wetgeving in de werkelijkheid. Evaluaties bevatten meestal onderzoeken naar de implementatie, niet naar de rechtspraktijk. De zesde reden is dat waar het beleid doelt op gezamenlijk optreden en dus gericht zou moeten zijn op coördinatie van operationele uitvoering de structuur van de Unie uitgaat van gemeenschappelijke algemene regels en richtlijnen.⁹⁵

2.6 Twee samenvallende ruimtes

De interne markt en de ruimte van vrede, veiligheid en rechtvaardigheid vallen samen, maar daarmee is ook alles gezegd. Uit het voorgaande doemt een beeld op van een voortdurende strijd om de verenigbaarheid van Europese rechtsbeginselen met die van nationaal strafrecht. In paragraaf 2.4 heb ik getracht de eigenaardigheden van het strafrecht naar voren te halen die voor het Europese recht problematisch zijn. In deze paragraaf draai ik het perspectief om en onderzoek de Europeesrechtelijke eigenaardigheden die strafrechtelijk gezien problematisch zijn. Zo hoop ik het beeld op scherp te kunnen zetten en vast te stellen waar de schoen wringt.

De interne markt, een economische ruimte zonder binnengrenzen, met een vrij verkeer

De strafrechtelijke vertaling hiervan is de ruimte van vrede, veiligheid en rechtvaardigheid met een vrij verkeer van personen, waarbij de Unie de meeste aandacht schenkt aan het element veiligheid. De interne markt is ontwikkeld vanuit de wens douanegrenzen die de handel belemmerden te doen wegvallen. In het economisch verkeer is inderdaad sprake van een Europese ruimte waar de grenzen niet meer bestaan. Het gemeenschapsrecht creëerde een *geheel eigen rechtsorde*. Het uniStrafrecht kent inmiddels wel enige ordening, maar van een *rechtsorde* is het nog ver verwijderd. Omdat elke staat zijn eigen strafrecht heeft, en dit strafrecht niet de grens oversteeft zijn er 27 strafrechtelijke ruimtes (of 27 nationale rechtsordes). Een Europese rechtsorde zou pas ontstaan als er een gemeenschappelijk strafstelsel zou komen dat ook rechtsbescherming biedt. Er is geen strafrechtelijke markt waar marktdeelnemers met elkaar concurreren. Er is geen vrij verkeer van strafrecht of zijn produkten denkbaar. Dit hangt samen met een ander onderdeel van het begrippenapparaat: de wederzijdse erkenning

Wederzijdse erkenning

Dit begrip tracht de verschillen die ontstaan uit de eisen die aan produkten, diensten of diploma's worden gesteld irrelevant te maken voor de erkenning in een andere lidstaat.

⁹² G. Vermeulen, Where do we currently stand with harmonisation in Europe?, in Klip/ van der Wilt, *supra* noot 4, p. 75, wijst erop dat de EU niet zo zeer harmoniseert, als wel oproept tot zwaardere straffen.

⁹³ Je kunt je echter afvragen of dat een voorwaarde is voor harmonisatie. Als je naar iets nieuws wilt, doet het er niet zoveel toe waar je vandaan komt.

⁹⁴ Zie De Hullu voor kritiek op de werkwijze en kwaliteit van de Commissie, J. de Hullu, Ramen open? in G.J.M. Corstens et al, *supra* noot 41, p. 394-396.

⁹⁵ Zie Donner, *supra* noot 1, p.65.

In het gemeenschapsrecht betekent dit dat wanneer er in Nederland bier wordt gebrouwen dat voldoet aan de daaraan in Nederland gestelde eisen, dit bier ook in Duitsland op de markt mag verschijnen. Zelfs al voldoet dat Nederlands bier niet aan de eisen die naar Duits recht aan bier dat in Duitsland wordt gebrouwen worden gesteld. Gevolg is dat Duitsland geen nadere eisen mag stellen aan de toelating op de Duitse markt. Waarom is wederzijdse erkenning van *strafrechtelijke produkten* problematisch? Het is allereerst van belang te bekijken over welke produkten we het hebben. Het gaat bijvoorbeeld om een bevel tot aanhouding en overlevering, om een bewijsmiddel of om een vonnis, maar ook om wetgeving en bevoegde autoriteiten. Voor elk van deze produkten geldt dat het een juridische fictie is en dat het geen economische waarde vertegenwoordigt. Het Italiaanse bevel tot aanhouding en overlevering is bij wijze van spreken uitsluitend samengesteld uit Italiaanse rechtsregels. Zonder die samenstelling en zijn Italiaanse context zou het niet bestaan. De context bepaalt immers alles: wie mag onder welke omstandigheden een bevel uitvaardigen en welke rechtsgevolgen zijn daaraan verbonden. Als zo'n bevel de grens over gaat is het (anders dan het bier) niet meer hetzelfde produkt, sterker nog er is geen produkt meer. Het is een juridische fictie geworden dat de context waarin het kan bestaan mist. Het produkt Italiaans bevel bestaat in het buitenland niet. Buitenlands recht zal andere autoriteiten, andere omstandigheden en andere rechtsgevolgen en modaliteiten voorschrijven.

Voorzover de in het gemeenschapsrecht ontwikkelde voorwaarde van wederzijdse erkenning van een toelating op de markt zonder voorwaarden, kan hiervan in het strafrecht geen sprake zijn. Dat is niet omdat men elkaar geen hulp zou willen bieden,⁹⁶ maar omdat er geen Italiaans produkt op de Nederlandse markt verschijnt. De strafrechtelijke markten zijn geen competitieve markten maar staatsmonopolies, net zo als dat ook geldt voor andere kerntaken van de overheid: het landsbestuur, het buitenlands beleid en de defensie. De strafrechtelijke markten leven niet van vraag en aanbod en houden zich aan geen enkele economische wet. Sterker nog, het produkt strafrecht is per definitie oneconomisch, produceert geen duurzame goederen en geen gebruiksgoederen, is handelsbeperkend en vrijheidsbeperkend. Dat gebrekkige economische profiel van het strafrecht maakt gebruik van economische begrippen zonder vertaalslag buitengewoon moeilijk.

Het meest problematische van de wederzijdse erkenning is dat het concept enkel oog heeft voor de repressieve kant van het strafrecht. Het concept gaat er volledig aan voorbij dat een bewijsmiddel in elke lidstaat tot stand komt in een context (van rechtswaarborgen). Die context maakt het middel (on)rechtmatig en (on)betrouwbaar.⁹⁷ De regels hierover verschillen van land tot land en de waarborgen worden in verschillende fases vorm gegeven. Door een bewijsmiddel over te plaatsen naar een ander land zonder dat naar de totstandkoming mag worden gekeken, vallen de contextfactoren, die maken dat het bewijsmiddel bestaat, weg. Als in Frankrijk de verdediging niet in elk stadium bij een getuigenverhoor aanwezig mag zijn, wordt dat gecompenseerd in een latere fase. Het recht op een eerlijk proces dwingt af dat voor de

⁹⁶ De internationale rechtshulp in strafzaken kent ook wederzijdse erkenning, maar past een bepaalde vertaalslag toe. Zo worden in de overdracht van strafexecutie buitenlandse vonnissen omgezet naar Nederlandse maatstaven. Er wordt dan iets gemaakt dat in de Nederlandse rechtsorde past, zonder dat het wezenlijke van de buitenlandse beslissing verloren gaat.

⁹⁷ Het Koninkrijk heeft al eeuwen ervaring met een onvoorwaardelijke wederzijdse erkenning. Thans is dit bepaald in Art. 40 van het Statuut voor het Koninkrijk. Belangrijk verschil met de EU is dat het recht van de drie landen al zo sterk op elkaar lijkt, dat dit door het concordantiebeginsel ook wordt bewaakt en dat er een gemeenschappelijke hoogste rechter van de drie landen is: de Hoge Raad.

beoordeling van de vraag of een procedure eerlijk was, de procedure in zijn geheel wordt beoordeeld. Wederzijdse erkenning verplicht de lidstaat een bepaald onderdeel (het buitenlands bewijs) niet meer te onderzoeken op zijn verenigbaarheid met artikel 6 EVRM. Dat maakt dat het concept wederzijdse erkenning strijdig is met artikel 6 EVRM.⁹⁸

Harmonisatie of onderlinge aanpassing van wetgeving

Ook deze concepten zijn ontwikkeld ten aanzien van de vier vrijheden. Produkten, werknemers, kapitaal en diensten die de grens overgaan. Aldus bevordert harmonisatie van wetgeving de intensiteit en het gemak van de uitwisseling. In het strafrecht bevordert harmonisatie niet de uitwisseling van strafrechtelijke producten. Het kan wel zijn dat die strafrechtelijke producten meer op elkaar gaan lijken, maar zij gaan als zodanig de grens niet over. De uitwisseling wordt vooral bevorderd door het oplossen van praktische problemen zoals het vergroten van de capaciteit van justitie en politie.

Voorts rijzen ten aanzien van de begrippen typisch strafprocessuele vragen. Is de harmonisatieverplichting processueel in te zetten in de zin dat al dan niet voldoen aan die verplichting rechtsgevolgen heeft voor burgers? Met andere woorden, zou een verdachte in een strafprocedure zich kunnen beroepen op een bepaalde uitleg omdat die juist het meeste recht doet aan het beoogde harmoniserende effect? Het gaat mij bij deze vraag om het aspect van harmonisatie, niet om dat van implementatie in zijn algemeen. Hoewel harmonisatie de verschillende rechtssystemen dichterbij elkaar zou moeten brengen, mikken de controlemechanismen op een effect dat een individueel rechtstelsel dichterbij het gemeenschappelijke instrument brengt. Ik mis dat dit mede in het licht wordt geplaatst van hoe andere lidstaten met die zelfde norm zijn omgegaan. Naar mijn voorlopige indruk doet het Hof dat niet, gaat het uit van een vaststaande Europese norm en toetst het slechts in hoeverre de lidstaat in kwestie daaraan voldoet. De wijze waarop lidstaten de Europese norm interpreteren beïnvloedt de uitleg van het Hof niet. De onderlinge (horizontale) relatie staat aldus minder op de voorgrond dan de verhouding tot de gemeenschaps- cq uniewetgever (verticaal). Dat vergt enige uitleg. Onderlinge aanpassing bevat de notie dat oriëntatiepunt voor de wetgeving van een lidstaat de wetgeving van andere lidstaten is. Onderling, dus op het horizontale vlak, dienen zij beter afgestemd te zijn. Het bestaande toetsingsmechanisme kijkt naar de verenigbaarheid van de nationale wetgeving met het Europese recht en laat daarbij buiten beschouwing hoe het er in andere lidstaten uitziet. Concluderend betekent dit dat onderling dichterbij komen van de rechtspraak niet wordt gestimuleerd door het huidige instrumentarium. Al is het natuurlijk ook zo, dat, indien alle lidstaten individueel steeds dichterbij zitten op het gemeenschappelijke instrument, het harmoniserend effect groter is.⁹⁹

Handhavingsplicht

⁹⁸ Dit zou gerepareerd kunnen worden als het Europees Hof voor de Rechten van de Mens de lidstaten zou verplichten verantwoording te dragen voor het handelen van andere lidstaten. Tot dusver heeft het Hof daar nog niet van willen weten. Zie A.H. Klip, Die EMRK und die internationale Zusammenarbeit in Strafsachen, in: Joachim Renzikowski (Hrsg.), Die EMRK im Privat-, Straf- und Öffentlichen Recht, Grundlagen einer europäischen Rechtskultur, Manz/ Nomos/ Schulthess, Zürich/ Basel/ Genf 2004, p. 123-143.

⁹⁹ Afgaand op de naamgeving lijkt het erop alsof die onderlinge relatie beter tot uitdrukking komt in de wederzijdse erkenning, maar ik heb reeds geconcludeerd dat zulks niet het geval is.

De handhavingsplicht is tot ontwikkeling gekomen in het gemeenschapsrecht als uitvloeisel van de in artikel 10 EG-verdrag geformuleerde gemeenschapstrouw. De uit de rechtspraak van het Hof van Justitie in de zaak Commissie tegen Griekenland afgeleide handhavingsbeginselen van doeltreffendheid, evenredigheid en afschrikkendheid, zijn in verschillende derde pijler-instrumenten gecodificeerd.¹⁰⁰ Die criteria hebben daar echter een ander effect omdat zij slechts zien op de in het nationale recht op te nemen sancties, niet op de handhaving ervan. De gemeenschapstrouw ontbreekt in het uniestrafrecht. Wel bestaat er een omzettingsplicht, vergelijkbaar met andere internationaalrechtelijke verplichtingen. Eerder beschreef ik dat de behoefte aan handhaving ter bevestiging van de norm groter is in het strafrecht dan in het gemeenschapsrecht.

Minimumharmonisatie

Dit is een beproefde methode van harmonisatie uit het gemeenschapsrecht. Terzake van een bepaald beleidsterrein dienen de lidstaten dan tenminste de opgenomen verplichtingen op zich te nemen. Zij blijven bevoegd aanvullende voorschriften vast te stellen. Al naar gelang de strekking van het instrument kan die aanvulling strenger of soepeler zijn. De minimumnormen/ -voorschriften moeten in het gemeenschapsrecht in de context van alternatief voor volledige harmonisatie worden gezien. Soms zijn minimumvoorschriften ook een opstapje naar volledige harmonisatie van een beleidsterrein geweest.

Hoe “minimum” moet worden geïnterpreteerd hangt derhalve af van de doelstelling van het instrument en de bredere context van de interne markt. Die “geest” moet aangeven welke kant men op wil, zonder dat nu reeds aan de lidstaten op te leggen.¹⁰¹ Handelen in strijd met die geest is dan niet toegelaten. Voor wat betreft het strafrecht ligt hier toch wel een probleem. In het kaderbesluit van 25 oktober 2004 betreffende de vaststelling van minimumvoorschriften met betrekking tot straffen op het gebied van de illegale drugshandel gaat het om de “vaststelling van minimumvoorschriften met betrekking tot de bestanddelen van strafbare feiten.” Hoe moet “minimum” hier worden begrepen? Als dat betekent dat de nationale strafwet tenminste de in het kaderbesluit opgesomde bestanddelen dient te bevatten, maar er daarnaast ruimte is voor meer bestanddelen, lijkt me dat in strijd met de meer repressieve geest van het kaderbesluit. Immers hoe meer bestanddelen, hoe meer bewezen zal moeten worden en hoe moeilijker de positie van het OM. Mijn conclusie is dat hier eenvoudigweg bedoeld is dat de omschreven handeling strafbaar dient te worden gesteld.

Als het Kaderbesluit betreffende de vaststelling van minimumvoorschriften met betrekking tot straffen op het gebied van de illegale drugshandel als minimumvoorschrift handelingen omschrijft die strafbaar moeten worden gesteld, moet dit dan zo worden geïnterpreteerd dat lidstaten aanvullend nog andere handelingen strafbaar kunnen stellen of strenger handhaven? Vanuit een normstelling die een minimale criminalisering en bestraffing voorschrijft kan het uitstijgen boven dat minimumniveau slechts zwaardere repressiviteit betekenen. Dat beantwoordt enerzijds aan de eisen die de strafrechtelijke ruimte aan criminaliteitsbestrijding worden gesteld,

¹⁰⁰ Kaderbesluit van 25 oktober 2004 betreffende de vaststelling van minimumvoorschriften met betrekking tot straffen op het gebied van de illegale drugshandel, PB 2004, L 335/8; Art. 2 Overeenkomst van 26 juli 1995 aangaande bescherming van de financiële belangen van de Europese Gemeenschappen, Trb. 1995, 289.

¹⁰¹ Zie over de doorwerking van Europese richtlijnen, F. Kristen, *supra* noot 66, p. 33-103.

maar kan anderzijds conflicteren met de eveneens erkende bewegingsvrijheid van burgers. Iedereen die de grens over gaat controleren op drugsdelicten en daar levenslange gevangenisstraf bij opleggen kan wel fors bijdragen aan het onderdrukken van deze criminaliteitsvorm, maar zal toch strijdig zijn met het vrij verkeer van personen. Bovendien raakt mijn voorbeeld in strijd met het evenredigheidsbeginsel, dat weliswaar geen algemeen beginsel van uniestrafrecht is, maar wel is gestipuleerd in het betreffende kaderbesluit. Mijn afweging is dat “minimumvoorschriften” in strafrechtelijke instrumenten geen toegevoegde waarde hebben. Lidstaten dienen de omzettingsverplichtingen uit de instrumenten na te komen, ongeacht of deze als “minimumvoorschriften” zijn gelabeld of niet.¹⁰²

Buitengrenzen

Het slechten van de binnengrenzen schiep de interne markt en wierp gelijktijdig de buitengrenzen hoger op. Waar binnen de Europese Unie alles vrij is, is het verkeer van buiten de Unie naar binnen aan zware beperkingen onderhevig. Ook in het asiel- en vreemdelingenbeleid wordt een dergelijk belang aan de buitengrenzen toegekend. In het strafrecht speelt het concept buitengrenzen geen rol, het strafrecht richt zich niet op een gebied dat tegen een door anderen moet worden verdedigd, maar richt zich op de bestrijding van ongewenst gedrag van mensen die binnen de ruimte verblijven, ongeacht de vraag of zij daar mochten verblijven of niet.

Het buitengrenzenconcept heeft in de ruimte van vrede, veiligheid en rechtvaardigheid zijn vertaling gevonden in de garantie dat in de Unie deze ruimte wordt verzekerd aan haar burgers.¹⁰³ Dit concept sluit daarmee niet-burgers uit van aanspraken op de geneugten van de ruimte. De Unie maakt dikwijls een tweedeling tussen burgers en terroristen of burgers en misdadigers en onderstreept zo dat voor “terroristen” en “misdadigers” geen aanspraak op de ruimte bestaat. Daargelaten dat dit veelal een feitelijke misslag zal zijn, immers kunnen terroristen en misdadigers ook Europese burgers zijn, is het principiële punt belangrijker. Het strafrecht dient zowel in rechtshandhaving en rechtswaarborgen geen onderscheid te maken in soorten mensen.

Coördinatie

Ingevolge artikel 4 EG-verdrag voert de gemeenschap een economisch beleid dat gebaseerd is op onder andere de nauwe coördinatie van het economisch beleid van de lidstaten. De strafrechtelijke vertaling hiervan is “gezamenlijk optreden van de lidstaten” (artt. 29, 30 en 31 EU-verdrag). Dit gezamenlijk optreden is vooral wetgevend en niet operationeel ingevuld. Dat maakt het nogal krachtenloos.

Interne markt en de ruimte van vrede, veiligheid en rechtvaardigheid

Mijn indruk is dat de geconstateerde problemen niet zozeer liggen aan het strafrecht dat zo eigen en bijzonder zou zijn, of aan de EU die niet weet waar ze het over heeft. Wat werkelijk de problemen veroorzaakt is dat begrippen klakkeloos zijn overgezet die in het gemeenschapsrecht in een economische setting tot wasdom zijn gekomen naar een strafrechtelijke context. En dit is gebeurd zonder dat de vraag gesteld werd of dit wel zo aangewezen was. Kernbegrippen als wederzijdse erkenning en minimumharmonisatie

¹⁰² Zie Flore, *supra* noot 84, p.72 : “La question est là: le minimum est-il un minimum? La réponse à l’heure actuelle est: <<pas vraiment>>.”

¹⁰³ De formulering van art. 29 EU-verdrag (“de burgers”) is wat zwakker dan die van art. I-3 Grondwet voor Europa (“haar burgers”).

zijn niet toepasbaar in het strafrecht. De toepassing van andere begrippen loopt ook niet soepel.

2.7 Conclusie: een zwabberkoers met toekomstmogelijkheden

Met het instrumentarium dat de Unie ter beschikking is gesteld en door zich in de praktijk te richten op formele harmonisatie, en niet op materiële harmonisatie, komt de vraag op of men wel werkelijke harmonisatie wil. Dit laatste vanuit de gedachte dat de wil om het uitgesproken doel te bereiken kan worden afgeleid uit de middelen die tot dat doel kunnen leiden. Met andere woorden: als de methode niet kan leiden tot het doel, is het doel dan wel gewenst? Ik wil niet uitsluiten dat de lidstaten zich hiervan terdege bewust zijn en dat bewust zo laten. Een ieder kan zo zijn eigen belang hebben om te zeggen dat de kleren van de keizer mooi zijn.¹⁰⁴ Het moet worden vastgesteld dat er nogal wat licht zit tussen wat de lidstaten officieel zeggen en afspreken en de feitelijke uitvoering. Ik volsta hier met het voorbeeld van het *wederzijdse vertrouwen* dat alle staten in elkaar hebben. Dat is zo groot dat steeds weer moet worden verordonneerd dat er wederzijds vertrouwen zal zijn. Desondanks zijn bij de wederzijdse erkenning allerlei oude weigeringsgronden overeind gehouden.

Uit de papieren harmonisatie en de controle van de Commissie van het implementatietraject blijkt een focus op wetgeving en een zekere desinteresse voor de werkelijkheid van het recht. De Commissie wekt vooral de indruk bezig te zijn met het uitbreiden van haar eigen machtspositie ten koste van zowel de Raad als de lidstaten. De rol het Hof van Justitie is hierin geheel anders. Het heeft al tientallen jaren getoond wars te zijn van het rekening houden met politieke afwegingen. In prejudiciële beslissingen, maar ook in infractieprocedures heeft het baanbrekende beslissingen willen nemen.¹⁰⁵

Het is moeilijk vast te stellen welke richting de lidstaten, de Commissie en de Raad willen inslaan. Van elk van hen kan worden gezegd dat zij dan weer zeer besluitvaardig overkomen, dan weer aan het verleden tegengestelde maatregelen nemen. Over de gehele linie blijven werkelijke daden ver achter bij de retoriek. Wat de lidstaten willen lijkt allemaal zo tegenstrijdig. Het ene na het andere verdrag en kaderbesluit wordt aangenomen. Vervolgens doen staten er jaren over om de verdragen te ratificeren en worden kaderbesluiten niet steeds geïmplementeerd. Als dat vaak gebeurt rijst de vraag of staten wel zo ferm staan achter de besluiten die zij nemen.

De Commissie blijft de EG-fraude achtervolgen, eerst moesten de lidstaten het werk doen, daarna OLAF en Europol, vervolgens kwam zij met het idee van de Europese Officier van Justitie en onderwijl is ook Eurojust ermee belast. De Raad trekt soms gelijk op met de Commissie, door van de voordelen van eerste en derde pijler gebruik te maken. Soms laat hij zien daar niets van te willen weten, door met de Commissie een machtsstrijd aan te gaan over de bevoegdheid van sancties in het milieustrafrecht en dat alles terwijl hij wel eerder had ingestemd met de Grondwet voor Europa die die twee pijlers toch al liet samenvloeien.

¹⁰⁴ Waarbij per regering weer allerlei verschillende motieven zullen spelen.

¹⁰⁵ Voor het strafrecht beschouw ik de volgende drie arresten als baanbrekend: HvJ, 11 februari 2003, Gözütok en Brügg, C-187/01 en 385/01; HvJ, 16 juni 2005, strafzaak tegen Pupino, C-105/03; HvJ, 13 september 2005, Commissie tegen de Raad, C-176/03.

De enige constante factor in de strafrechtelijk relevante actoren is het Hof van Justitie. Het Hof van Justitie heeft zich in de zaken Gözütok en Brügge,¹⁰⁶ Pupino¹⁰⁷ en Commissie tegen de Raad¹⁰⁸ nogal creatief getoond in de interpretatie van de betekenis van Europa zonder binnengrenzen en de gevolgen daarvan voor het strafrecht. Feitelijk heeft het Hof meer gekeken naar de algemeen geformuleerde eisen van Europese integratie dan naar de specifieke rechtsinstrumenten. Als het Hof zijn bevoegdheden op vergelijkbare wijze zal blijven invullen, valt een verder terugdringen van nationale strafrechtelijke autonomie en een grotere daadwerkelijke invloed van het uniStrafrecht te verwachten. Het Hof toont keer op keer dat het de integratiegedachte hoog in het vaandel draagt. In dat verband dient te worden gesteld dat het Hof van Justitie voorziet in een juridische structuur van harmonisatie.

Het Hof van Justitie vervult de rol van een continuïteit brengende wetgever-plaatsvervanger. Niets in het huidige instrumentarium belet echter dat de Unie het primaat van de beïnvloeding van de rechtspraak krijgt. Het lijkt zo vanzelfsprekend wat ik hier schrijf, maar het moet in een Europese context keer op keer worden herhaald. Wat is het probleem? Zal een strafrechtelijke reactie tot een oplossing van het probleem bijdragen, zijn er geen ongewenste neveneffecten? Is optreden door de EU of door de lidstaten aangewezen? Ook de grotere vragen kunnen gewoon gesteld en beantwoord worden. Willen we in Europa een geïntegreerd strafrecht en zo ja waarom? Wat behelst dat en hoe komen we daar heen waar we heen willen?

III Noodzaak van integratie en harmonisatie

Het is opvallend hoe weinig de vraag naar de noodzaak van integratie en harmonisatie van het strafrecht deel uitmaakt van de discussie vanuit de Unie. Dat is opmerkelijk omdat tot de komst van het Verdrag van Maastricht in 1992 het juist vanzelfsprekend was dat de EG en het strafrecht zo min mogelijk met elkaar te maken hadden. Het strafrecht was het exclusieve domein van de lidstaten. Dat de noodzaak tot integratie en harmonisatie zo weinig wordt gethematiseerd kan te maken hebben met het feit dat de lidstaten het er over oneens zijn, alsmede met het feit dat de doelstellingen vaag zijn geformuleerd. Dat laatste dwingt geen scherpe discussie af: wie is er tegen vrede, rechtvaardigheid en veiligheid?

*Drie niveaus van rationalisering van de noodzaak*¹⁰⁹

Uit het gezamenlijke acquis van EG en EU leid ik drie verschillende niveaus van motieven voor verdere eenwording af. Er is een *macro*-niveau. Hier gaat men uit van het grote ideaal: Europa één! Of samen staan we sterk tegen het terrorisme. Op het *meso*-niveau gaat de argumentatie om het algemene doel van de criminaliteitsbestrijding

¹⁰⁶ Door bijvoorbeeld een interpretatie aan het Schengenverdrag te geven waarvan vaststaat dat de verdragspartijen daarover hebben onderhandeld en deze uitdrukkelijk niet in het verdrag hebben opgenomen.

¹⁰⁷ Door een kaderbesluit de facto rechtstreeks toe te passen, terwijl artikel 34 lid EU-verdrag bepaalt dat het kaderbesluit geen rechtstreekse werking heeft.

¹⁰⁸ Door de gemeenschap de bevoegdheid toe te kennen haar beleidsterreinen te effectueren met strafsancities. Dit niettegenstaande de uitdrukkelijke keuze sinds de oprichting van de EG om die bevoegdheid niet aan de gemeenschap toe te kennen en bij de lidstaten te laten.

¹⁰⁹ Vergelijk de drie motieven die collega Smits in het Europees privaatrecht vaststelde.

of de verbeterde samenwerking. De argumenten op *micro*-niveau houden zich bezig met het oplossen van allerlei praktische problemen.

Macro-niveau

Vanuit Brussel wordt de noodzaak voor harmonisatie als een soort vanzelfsprekendheid neergezet met retorische argumenten (harmonisatie als doel in zichzelf):¹¹⁰ in een verenigd Europa kan het toch niet zo zijn dat iemand voor hetzelfde strafbare feit in Nederland 4 jaar krijgt en in Spanje 6 jaar of dat iets in Zweden wordt bestraft dat in Slovenië geoorloofd is? Hierin valt tevens een gelijkheidsargument in te herkennen, maar als zelfstandig argument heb ik het niet aangetroffen. Het is mijn stellige indruk dat integratie en harmonisatie als doel in zichzelf als politiek streven nogal sterk is. In dat licht zijn er ook argumentaties die aanhaken bij het vrije verkeer en de realisering van de interne markt.

Meso-niveau

Hieronder valt het argument dat de bestrijding van de misdaad effectiever is als dat geharmoniseerd gebeurt of een variant ervan, dat harmonisatie leidt tot beter recht.¹¹¹ Zuiver retorisch is het argument dat het opheffen van verschillen tussen rechtstelsels het voordeel dat daders van strafbare feiten zouden hebben zou wegwerken. Dit berust op de gedachte dat brave burgers en het opsporingsapparaat door het bestaan van grenzen belemmerd worden, terwijl “criminelen” gewoon doorgaan.¹¹² De ontwikkeling van diverse kaderbesluiten over samenwerking waarin weigeringsgronden vervallen verklaard worden en het uitwerken van de gedachte van wederzijdse erkenning zijn hiermee in verband te brengen.

Micro-niveau

Op dit niveau gaat het om praktische zaken die geregeld moeten worden. Op zich schuilen hier geen grote gedachten achter. Voorbeelden zijn het opzetten van gemeenschappelijke onderzoeksteams, Eurojust, het Europees Justitieel Netwerk en het beschrijven van “goede praktijken” bij de wederzijdse rechtshulp.

Noodzaak-versluitende factoren

Verschillende aspecten verstoren de discussie over de noodzaak van het harmoniseren van het strafrecht in Europa. Het eerste is verschil van inzicht over de rol die het strafrecht in de Europese samenleving zou moeten hebben. Het geloof in de effectiviteit van het strafrecht verschilt fundamenteel. De Commissie verwacht veel van het strafrecht (en van de harmonisatie) en loopt als een soort Alice in Wonderland door de strafrechtelijke tuin, zich verbazend over al dat moois dat enkele eeuwen modern strafrecht heeft voortgebracht. Veel discussies die nu lijken te gaan over harmonisatie

¹¹⁰ Zie punt 12 Resolution of the European Parliament of 18 September 1997 on the Convention relating to Extradition between the Member States of the European Union, OJ 1997, C 304/131. Het retorische karakter zit in de onjuiste veronderstelling dat “dezelfde feiten” zich in strafzaken frequent voordoen, immers is voor een beoordeling niet alleen het strafbare feit zelf, maar ook de omstandigheden waaronder het is begaan en de persoon van de verdachte van belang.

¹¹¹ A. Gadoppi, Towards a European Criminal Code? European Journal of Crime, Criminal Justice and Criminal Law 1996, p. 2-17.

¹¹² Zie Sieber, *supra* noot 64, p. 370. Ik heb dat argument nooit begrepen. Er ligt de veronderstelling aan ten grondslag dat de ene groep burgers, de criminelen, zeer geverseerd is in alle details van Europees recht, nationaal en internationaal strafrecht en de strafrechtsvergelijking en op grond van dat onderzoek weloverwogen keuzes maakt bij het plegen van strafbare feiten, en dat de andere groep burgers, die zich niet met strafbare feiten bezighoudt, ernstig in haar vrijheid wordt beknot door de verschillende strekking van de strafwetgevingen van de lidstaten.

zijn daarom in wezen discussies over de vraag of het strafrecht wel het geëigende middel is tegen de kwaal. Hieruit spreekt de notie van de maakbaarheid van de Europese samenleving. Een geheel ander perspectief biedt de strafrechtelijke literatuur. Hierin valt meestal weinig waar te nemen over de noodzaak en/ of eventuele positieve effecten van harmonisatie. De houding is nogal verdedigend: de EU moet zich niet bemoeien met wat nationaal strafrecht is. Dat is naar mijn mening geen echte bijdrage aan een debat. Maar ook hier lopen de bezwaren tegen de inhoudelijke aspecten van de voorgestelde regeling en de harmonisatie of integratie als systeem door elkaar heen.

Het tweede element dat de noodzaak-discussie versluiert is de strijd om de macht in de Europese Unie. Soms lijkt het erop of deze discussie gelijk op loopt met de vraag of Europa een sturende invloed in de lidstaten dient te hebben of niet. De Europese Commissie tracht al jaren meer bevoegdheden te krijgen op het terrein van het strafrecht en zou het liefst onmiddellijk de Europese Officier van Justitie instellen. Recentelijk heeft zij in de zaak van het milieustrafrecht een belangrijke slag gewonnen.

Zwakke onderbouwing van de noodzaak tot integratie en harmonisatie

Vaker heb ik bekritiseerd dat de EU wel stelt dat er allerlei problemen zijn die nieuwe maatregelen rechtvaardigen, maar die problemen niet onderbouwt.¹¹³ Het bestaande uitleveringsverkeer en de dubbele strafbaarheid zouden zo belemmerend werken, dat het systeem om moest.¹¹⁴ Op geen enkel moment zijn gegevens verstrekt waaruit dat zou blijken.¹¹⁵ Waar de interne markt de burgers economische voorspoed, werk en vrijheid kan bieden steken de voordelen van de ruimte van vrede, veiligheid en rechtvaardigheid toch wat flets af. De vraag of de baten groter zijn dan de lasten verlangt een overtuigend bevestigend antwoord om de weg van integratie en harmonisatie van het strafrecht te vervolgen.

IV Doorwerking van harmonisatie in de nationale rechtsorde

De invloed van de Europese harmonisatie en integratie in het strafrecht kan op verschillende wijzen worden benaderd. Ik onderscheid hieronder een meer beleidsmatige en een meer technisch-juridische kant. Wat betreft het beleid is onmiskenbaar dat uit allerlei Actieplannen, Conclusies van het Voorzitterschap en andere politieke akkoorden ook in Nederland leiden tot wetgevende of praktische maatregelen. Voorts zijn er Europese instanties die ook in de Nederlandse rechtsorde een bescheiden invloed uitoefenen (Europol, Eurojust, OLAF). Mijns inziens is deze beleidsmatige kant voldoende aan de orde geweest, zodat ik me concentreer op de technicité.

Er zijn veel verplichtingen tot strafbaarstelling omgezet in het Nederlandse recht. Ik heb niet kunnen vaststellen dat dit heeft geleid tot een fundamentele verandering van het vervolgingsbeleid.¹¹⁶ De ontwikkelingen op het terrein van de strafrechtelijke samenwerking hebben wel wat vooruitgang opgeleverd, al lijkt het aanzienlijk meer dan

¹¹³ Zie Klip, *supra* noot 27, p. 7-8.

¹¹⁴ Zie J.P.H. Donner, De toekomst van strafrechtelijke samenwerking in de Europese Unie, in G.J.M. Corstens et al, *supra* noot 41, p. 348: “verschillen in wetgeving vormen niet het belangrijkste obstakel voor effectieve bestrijding van grensoverschrijdende criminaliteit.”

¹¹⁵ Zie De Hullu, *supra* noot 94, p. 396-397.

¹¹⁶ Dat zou een empirisch onderzoek vergen, een eerste indruk is dat bij migratiestrafrecht sprake is van een ten gevolge van Europees beleid plaatsgrijpende intensivering van de vervolgingsinspanningen.

het is. De EU is lange tijd bezig geweest met het regelen van zaken die al door de Raad van Europa waren geregeld.

Wat echter fundamenteel gewijzigd is, is het perspectief op strafrechtelijke samenwerking. De visie van de EU is nogal anders dan die van de Raad van Europa. In het netwerk van de Raad van Europa doet het er niet zo toe *welke* staat vervolgt, berecht of tenuitvoerlegt, maar doet het er toe *dat* het gebeurt. Het doel is een *goede rechtsbedeling*, die beantwoordt aan de eisen van criminaliteitsbestrijding en rechtswaarborgen en die rekening houdt met alle betrokken belangen (van de staten, verdachte, slachtoffers en getuigen). Het verdragsnetwerk van de Raad van Europa biedt voor elke fase van een strafzaak een mogelijkheid tot samenwerking. De EU heeft die ervaring grotendeels genegeerd en getracht het wiel opnieuw uit te vinden.

De EU-regelingen gaan er impliciet van uit dat voor de vervolging maar één staat de meest geschikte is en dat is de staat die het eerste initiatief neemt.¹¹⁷ Dat uitgangspunt maakt efficiënt optreden kwetsbaarder omdat de mogelijkheden tot samenwerking dan geringer zijn. De focus van de EU was in de eerste tien jaren exclusief op uitleveren en bewijsleveren. Recentelijk is aandacht voor samenwerking bij de tenuitvoerlegging ontstaan, maar voor de overdracht van strafvervolging blijft een blinde vlek bestaan. Het andere fundamentele verschil met het model van de Raad van Europa is dat de EU samenwerking nogal egocentrisch-dwingend ziet. De opkomst van allerlei bevelen (aanhouding, bewijs, executie) doen overleg met andere partijen wegvallen. Mijn mede pre-adviseur Smits riep het beeld op van een bouwplaats met twee architecten. Daar kan ik me wel iets bij voorstellen. In wezen hebben we drie wetgevers op het terrein van het strafrecht: de gemeenschapswetgever, de uniëstrafwetgever en de nationale wetgever (ik laat andere wetgevers even buiten beschouwing) en voorts 27 vervolgende instanties en enkele Europese organen. Het lijkt wel alsof niemand het geheel in de gaten houdt en dat is ook zo. De Europese wetgever kijkt op dit punt niet naar het grotere geheel, maar uitsluitend naar de behoeftes van de vragende lidstaat. De belangen van de biedende staat en van de verdachte zijn niet in tel. De nationale wetgever kan slechts omzetten en de nationale *rechtshandhavingsautoriteiten* slechts uitvoeren zonder nog in staat te zijn enige sturing gegeven of prioriteitskeuzes te maken.

In Nederland vallen op het niveau van de omzettingswetgeving verschillende methoden te zien. Er zijn gevallen waarin een Europese norm wordt “vertaald” en omgezet in een bestaande regeling of juist in een nieuwe regeling.¹¹⁸ Er zijn ook gevallen waarin de nationale wetgeving de norm letterlijk incorporeert en er zijn gevallen waarin de wetgeving een directe verwijzing geeft naar het gemeenschapsrecht.¹¹⁹ Ook zijn er situaties waar de betekenis van een term uit de delictsomschrijving door achterliggend Europees recht wordt bepaald. Dat kan om zeer ruime begrippen gaan, zoals “wederrechtelijk”, doch ook om zeer concrete begrippen, zoals “afvalstoffen”. Artikel 1 WED bevat interessante voorbeelden van doorwerking van de normstelling in het Nederlands strafrecht. In de WED komt zowel de rechtstreekse verwijzing naar het gemeenschapsrecht voor als de getrapte verwijzing. Een voorbeeld van de eerste is dat als economisch delict geldt “overtreding van voorschriften, gesteld bij of krachtens (...)”

¹¹⁷ Een treffend voorbeeld is het voorstel voor een kaderbesluit betreffende de uitwisseling van informatie volgens het beschikbaarheidsbeginsel, COM (2005) 490 definitief, Brussel, 12.10.2005.

¹¹⁸ Zie bijv. artt. 5a, 197a, 240b en 323a Sr.

¹¹⁹ Een andere constructie is bijvoorbeeld te vinden in art.3a Opiumwet waarin nadere regels mede in het licht van een Gemeenschappelijk Optreden moeten worden geïnterpreteerd.

de verordening (EG) nr. 1338/2001 van de Raad van de Europese Unie van 28 juni 2001 tot vaststelling van maatregelen die noodzakelijk zijn voor de bescherming van de euro tegen valsemunterij (*PbEG* L181), artikel 6, eerste lid, eerste en tweede volzin.” Met deze laatste manier van implementeren van gemeenschapsrecht worden eventuele wijzigingen van de richtlijn automatisch geïncorporeerd. Vanuit wetgevingsperspectief lijkt dat vooral bij technische regelingen, waarvan te verwachten valt dat vaak wijzigingen plaatsvinden aangewezen. Een voorbeeld van de getrapte versie is de verwijzing naar artikel 10, onder b Wet voorkoming misbruik chemicaliën. Deze wet vormt de nationale omzetting van verplichtingen uit Richtlijn 92/109.

Naar Nederlands strafrecht kan strafrechtelijke aansprakelijkheid slechts gevestigd worden door middel van een wettelijke strafbepaling. Als het gaat om strafrechtelijke aansprakelijkheid is de doorwerking per definitie getrapd. Zij verlangt omzetting naar nationaal recht.¹²⁰ Andere normen dan die de strafrechtelijke aansprakelijkheid vestigen, bijvoorbeeld Europeesrechtelijke normen die de strafrechtelijke aansprakelijkheid opheffen of strafprocesrechtelijke normen, zijn niet afhankelijk van omzetting naar nationaal recht. Concreet betekent dit dat wanneer de Nederlandse strafrechter van mening is dat de Nederlandse strafwet strijdig is met Europees recht hij al naar gelang de wetbepaling zal moeten vrijspreken of ontslaan van rechtsvervolgning. Bij normen van strafprocesrechtelijk aard kan hij de norm van het Europese recht rechtstreeks toepassen.

In het proces van uitvoeringswetgeving wringt de nationale wetgever zich in allerlei bochten om het bestaande systeem overeind te houden. Er moeten keuzes worden gemaakt. Gaat de omzetting in het wetboek of in een aparte wet. Uit de Nederlandse praktijk leid ik af dat de wetgever zoveel mogelijk wil incorporeren in het bestaande systeem van een algemeen wetboek en bijzondere strafwetten. Het kleine aantal strafprocesrechtelijke omzettingsgevallen geeft geen aanleiding tot een ander beeld en ook de bepalingen over samenwerking volgen de bestaande lappendeken van Nederlandse regelingen terzake.

Distorsieve werking van Europese wetgeving

Omzetting van een Europees geheel kan lager bij de grond op nationaal vlak verstorend werken.¹²¹ Als voorbeeld het kaderbesluit inzake het witwassen van geld, de identificatie, opsporing, bevrozing, inbeslagneming en confiscatie van hulpmiddelen van opbrengsten van misdrijven. Dit bevat een naar de vorm van het Europees Aanhoudingsbevel gemodelleerde “wederzijdse erkenning zonder nadere vragen” van beslissingen tot bevrozing van voorwerpen. Bij bevrozing gaat het dan om voorkoming van vernietiging, verwerking, verplaatsing, overdracht of vervreemding van voorwerpen die vatbaar zijn voor confiscatie of kunnen dienen als bewijsmiddel. Daartoe is in het Wetboek van Strafvordering een nieuwe titel XI in boek 4 opgenomen (art.552jj-552vv). Het kaderbesluit “bevriest” voorwerpen.¹²² Voorzover daarvoor andere bevoegdheden nodig zijn (te denken valt aan doorzoeking of vordering uitlevering) dan inbeslagneming, en dat is zeer waarschijnlijk, treedt dit buiten het bevel en is een traditioneel rechtshulpverzoek vereist. Dat betekent dat naast het bevel via de reguliere

¹²⁰ Zie HvJ, 8 oktober 1987, strafzaak tegen Kolpinghuis Nijmegen B.V., C-80/86, Jur. 1987, 3969; HvJ, 3 mei 2005, strafzaak tegen Silvio Berlusconi en anderen, C-387/02.

¹²¹ Of in iets diplomatieker bewoordingen van de regering: Uniewetgeving kan in de nationale context onbedoelde neveneffecten resorteren, zie Kamerstukken II, 2004/ 2005, 30025 (R1783), nr. 4, p. 26.

¹²² Bevrozen en bevel zijn voorbeelden van Europese invloed op juridische termen.

weg een tweede verzoek zal moeten worden gedaan. Op gelijke voet is bij confiscatie een nieuwe rechtshulpverzoek nodig. Waar “vroeger” alles in een verzoek kon, moet de praktijk (vragend en biedend) nu heel goed gaan onderscheiden welk onderdeel op basis van het bevel plaatsvindt en welk onderdeel er buiten valt en een andere grondslag behoeft. Het behoeft weinig voorspellende gaven dat dit tot langdurig gepuzzel en fouten zal leiden. De wet tot uitvoering van genoemd kaderbesluit voert aparte wetgeving in terzake van confiscatie en inbeslagneming op verzoek van EU-landen. Dit leidt tot een buitengewoon complexe regeling waarbij vijf verschillende regimens terzake van een materiële handeling ontstaan: confiscatie op verzoek van eigen autoriteiten; idem op verzoek van een EU-land; idem op verzoek van een derde land op grond van een verdrag; idem de laatste zonder verdrag; en tenslotte verzoeken van de Nederlandse Antillen en Aruba.

Een ander punt van discussie is dat voor de omzetting van het Europees Aanhoudingsbevel in het Nederlandse recht gekozen is om de Rechtbank Amsterdam bij uitsluiting bevoegd te maken, terwijl in het Bevriezingsbevel alle rechtbanken bevoegd zijn. Waar het gaat om de rechtseenheid bij de uitleg van belangrijke begrippen als wederzijdse erkenning en de lijstfeiten doet dit toch wat merkwaardig aan. Je kunt je zelfs afvragen of rechtseenheid niet per definitie in strijd is met implementatie. Ik denk dan aan de Europese rechtseenheid. Uitgaande van de constatering dat divergentie door omzetting wordt bevorderd, lijkt rechtseenheid eerder gediend met het laten vallen van de omzettingsoefening. De vraag dient te worden gesteld waarom wij omzetten. In wezen zijn er drie redenen. De eerste is om te voldoen aan de verplichting tot omzetting. De tweede is om er voor te kunnen zorgen dat wordt omgezet op een wijze die verenigbaar is met het nationale stelsel. De derde is om te voldoen aan de eisen van het legaliteitsbeginsel. Naar mate er meer aanpassingen op het nationale stelsel zijn gevolgd, wordt het steeds moeilijker nog een nationaal stelsel overeind te houden. Dat roept de vraag op of voortgaan op het omzettingstraject dan nog wel zo efficiënt is. Er komt dan immers een moment dat de vraag naar een nieuw geconsolideerd systeem reëel wordt.

Het strafrecht is zelf verstorend

Vanwege zijn extraterritoriale rechtsmacht is het strafrecht zelf een verstorend element in de harmonisatie. De meeste EU-staten hebben een ruime bevoegdheid gevestigd om buiten de eigen grenzen rechtsmacht uit te oefenen. Als een Fransman en een Griek met een bedrijf in België een EG-fraude opzetten, daarbij een Poolse douanebeambte bedreigen en een Nederlandse ambtenaar omkopen, zijn er tenminste vijf landen die over (een gedeelte van) de gedragingen rechtsmacht hebben.¹²³ Gevolg daarvan is dat er even zoveel verschillend materieel en formeel strafrecht op eenzelfde materiële gedraging van toepassing is. Het strafrecht past zich niet aan, ook al is het van toepassing op een in het buitenland gepleegd feit. En dat alles niettegenstaande dat de overtreden norm een gemeenschappelijke Europese herkomst heeft.

V Eigen voorstellen

¹²³ Als het goed is alle 25 lidstaten, want de Overeenkomst van 26 juli 1995 aangaande bescherming van de financiële belangen van de Europese Gemeenschappen bevat in artikel 4 een stimulans om extraterritoriale rechtsmacht te vestigen.

Het *eerste voorstel*: een helder realistisch en op de eigenaardigheden van het strafrecht toegesneden doelstelling van de rol van het strafrecht in de Europese integratie en harmonisatie

Dit lijkt een open deur, maar kan in Europa niet vaak genoeg gezegd worden. Begin- en eindtermen dienen nauwkeurig te worden geformuleerd. In het slot van paragraaf 2.7 heb ik enkele van die vragen reeds genoemd. Er zitten nu veel te veel verrassingselementen in de koers van de Europese integratie. Dat roept het gevaar op dat iedereen een bijdrage levert aan een groter geheel dat niemand heeft gewild. Politici zwalken wat heen en weer tussen nationaal en Europees en durven niet te kiezen. Als die keuze niet gemaakt wordt, kunnen we beter pas op de plaats maken en geen nieuwe instrumenten aannemen. Kernvragen dienen te worden gesteld en beantwoord. Wat regelt Europa en wat regelen de lidstaten? Komt er een Europese strafrechtelijke handhaving, waarom doen we dat en hoe doen we dat dan?

Het *tweede voorstel*: Beperking tot territoriale rechtsmacht en afschaffing van de dubbele strafbaarheid

In de notitie van de Minister van Justitie over de dubbele strafbaarheid houdt de regering vast aan de voorwaarde van dubbele strafbaarheid in de samenwerking met andere lidstaten voor zover het gaat om feiten die in Nederland zijn begaan: dat wil zeggen dat als het feit in Nederland is begaan en hier niet strafbaar is, Nederland geen rechtshulp kan leveren.¹²⁴ Ik zou daar een ander model tegenover willen stellen dat er als volgt uit ziet: Als het punt is dat het buitenland geen rechtsmacht zou mogen claimen over wat hier niet strafbaar is, doch wel hier gepleegd, dan zou beperking van de buitenlandse rechtsmacht het leidende beginsel moeten zijn. Dat leidt tot een geheel andere regel: de rechtsmacht van iedere lidstaat is beperkt tot het eigen grondgebied. Andere rechtsmachtbeginselen vinden geen toepassing in de overige 24 lidstaten van de Europese Unie. Duitsland kan dan het drugsgebruik in Nederland door een Duitse onderdaan (of wie dan ook) niet langer vervolgen. Maar het betekent ook dat indien de Grieken het noodzakelijk achten het opschrijven van registratienummers van vliegtuigen strafbaar te stellen wij in Nederland hen bij de opsporing en vervolging zullen helpen. Dat doet recht aan het legaliteitsbeginsel. Het verlangt veel vertrouwen, maar biedt voordelen voor zowel de rechtshandhaving als de rechtsbescherming.¹²⁵ Steeds is duidelijk welke staat geroepen is om te handhaven. Rechtshandhaving en rechtswaARBorgen vallen samen en zijn in één hand. Dat bevordert de rechtsstatelijkheid en de efficiëntie van de rechtshandhaving. De huidige overlappende rechtsmacht leidt immers tot een voortdurende discussie tussen lidstaten over de strafwaardigheid van bepaald handelen en over de te voeren de strafrechtspolitik.¹²⁶ Als we de dubbele strafbaarheid afschaffen en de rechtsmacht tot het eigen grondgebied beperken kan bovendien beter worden voortgebouwd op het netwerk van internationale samenwerking

¹²⁴ Notitie Het vereiste van dubbele strafbaarheid in het Nederlandse strafrecht, Kamerstukken II, 2003-2004, 29451, nr. 1; Voorstel voor een kaderbesluit betreffende het Europees Bewijsverkrijgingsbevel ter verkrijging van voorwerpen, documenten en gegevens voor gebruik in strafprocedures, 25 november 2003, 15221/03.

¹²⁵ Het vertrouwen heeft dan ook een andere inhoud. Men vertrouwt er bij elkaar op dat de juiste gedragingen worden strafbaar gesteld en dat goed wordt vervolgd en bestraft. Dat is in lijn met de rechtspraak van het Hof van Justitie, dat het gemeenschapsrecht vertrouwen veronderstelt in elkaars handhaving. HvJ, 14 januari 1988, Drexler, C-299/86, Jur. 1228.

¹²⁶ Dan kan Nederland ook afstand nemen van de nogal verdedigende en afwachtende houding ten aanzien van initiatieven omtrent Europees strafrecht. Zie bijvoorbeeld de Nederlandse regering in haar notitie Strafrecht en strafprocesrecht in Europa, Kamerstukken II, 1998-1999, 26656, nr. 1, voorts P.H.P.H.M.L. van Kempen, Waarborgen tegen de onwrichtende werking van Eurostrafrecht, Glijdende schalen, de Hullubundel, p.247-266.

in strafzaken.¹²⁷ Dat stelsel van de Raad van Europa heeft één belangrijk thema nooit weten te incorporeren: een regeling van rechtsmachtconflicten.¹²⁸ De uitbreiding van rechtsmacht over de eigen landsgrenzen heen is ooit ontstaan uit de bekommernis dat de verdachte de dans zou kunnen ontspringen en daarom steeds in eigen land ter verantwoording zou moeten kunnen worden geroepen,¹²⁹ niet om de strafrechtspolitik van een ander land te corrigeren. Uiteindelijk gaat het om een betrekkelijk klein aantal delicten waar verschil van opvatting over bestaat. De meeste strafbare feiten zijn door de hele Unie in enigerlei vorm strafbaar gesteld. Daar waar er dan nog verschillen zijn, zullen die wel er toe doen. Met andere woorden: dit voorstel bevordert wel de integratie van de Europese rechtsstelsels, maar maakt harmonisatie overbodig. Deze afbakening betreft de verhouding tussen de verschillende lidstaten. Zij zegt nog niets over moeilijke gevallen, waarvan de *locus delicti* niet eenduidig binnen één staat kan worden gelegd.¹³⁰ Die gevallen zouden op Unieniveau geregeld kunnen worden. We zullen derhalve criteria dienen te formuleren voor wat op Europees niveau gehandhaafd zou moeten worden. Deze hebben een plaats gevonden in mijn derde voorstel.

Het *derde voorstel*: Een beperkt Europees strafstelsel

Bij gelegenheid van de opening van Eurojust in 2003, heeft de Nederlandse Minister van Justitie voorgesteld een speciale Europese competentie te scheppen voor bepaalde grensoverschrijdende delicten en de rest nationaal te laten.¹³¹ Kort gezegd is zijn standpunt dat het geen zin heeft het gehele strafrecht te harmoniseren omdat 90% van de criminaliteit slechts nationale raakvlakken heeft.¹³² Het voorstel van de Minister was niet gedetailleerd uitgewerkt en die uitwerking is ook nadien niet gevolgd. Een verdeling tussen Europees en nationaal strafrecht veronderstelt mijns inziens een compleet Europees strafstelsel, dus met Europese strafrechter, Europees Openbaar Ministerie, Europese politie, alles gebaseerd op Europese wetgeving en gecontroleerd door een vrijgekozen Europees Parlement.¹³³ Als we dit doen vergt dit een conceptualisering van wat Europees en wat nationaal zou moeten zijn.¹³⁴

In een notitie uit 2003 appelleerde de Minister van Justitie aan criminologische inzichten met betrekking tot de verschijningsvormen van criminaliteit en dan met name

¹²⁷ A.H.J. Swart, *Goede rechtsbedeling en internationale rechtshulp in strafzaken*, Deventer 1983.

¹²⁸ Pas recent kwam de Commissie met een eerste initiatief terzake. Zie *Green Paper on Conflicts of Jurisdiction and the Principle of ne bis in idem in Criminal Proceedings*, COM (2005) 696 final, 23 December 2005.

¹²⁹ Ooit, in 1958, raakten de preadviezen van A.D. Belinfante en J.M. van Bemmelen aan de hier besproken thematiek. Zie *Handelingen NJV 1958* "Is het wenselijk, met het oog op de toenemende behartiging van belangen in internationaal verband, die belangen hier te lande strafrechtelijk te beschermen, en zo ja, in hoeverre en op welke wijze?"

¹³⁰ Afgezien van het nog te behandelen probleem dat er niet één visie is op *locus delicti*-leren, zie H.D. Wolswijk, *Locus delicti en rechtsmacht*, diss. Utrecht 1998.

¹³¹ Enkele dagen later is dat standpunt herhaald in de notitie *Een Europese strafrechtelijke ruimte van 9 mei 2003* van de Staatssecretaris voor Europese Zaken, kenmerk DIE-258/03. Corstens' bezwaar tegen een dergelijke federalisering was vooral gelegen in het feit dat dit snel zou leiden tot een federalisering van het gehele strafrecht. Zie G.J.M. Corstens, *Europeanisering van het strafrecht*, in G.J.M. Corstens et al., *supra* noot 41, p. 340.

¹³² Zie ook al Ch.J. Enschedé, *Een Uniform Europees Strafrecht?*, rapport voor de Raad van Europa 1971, herdrukt Arnhem 1990.

¹³³ Het gaat om een principiële keuze tussen pluriformiteit en uniformiteit. Zie Donner, *supra* noot 1, p. 71.

¹³⁴ Ik onderschrijf het standpunt van de regering dat een heldere afbakening nodig is. *Kamerstukken II, 2003-2004, 28473, nr. 35, p. 4.*

aan de vraag of de betreffende delicten grensoverschrijdend zijn.¹³⁵ Dat lijkt me de juiste weg. De afbakening moet in het materiële strafrecht worden gezocht. Om die reden dient de keuze voor bepaalde delicten die deel uit zullen maken van het Europese strafrecht aan een aantal voorwaarden te voldoen. Welke nu zijn die voorwaarden? Naar mijn mening zijn er drie cumulatieve voorwaarden:

1. het strafbare feit heeft naar zijn verschijningsvorm een grensoverschrijdend karakter;
2. de voorkoming, opsporing en berechting van een dergelijk feit ontmoet op nationaal niveau meer moeilijkheden dan op Europees niveau;
3. het strafbare feit is gerelateerd aan een Europees beleidsterrein.¹³⁶

Het gaat hier om (een) feiten(complex) met een locus delicti in meer dan één staat, waardoor niet automatisch één bepaalde staat als de meest geschikte wordt aangewezen. Te denken valt onder andere aan het douanestrafrecht, subsidiefraude, witwassen, vrouwen- en mensenhandel en handel in drugs en wapens. De tweede voorwaarde heeft te maken met efficiency. Als het weliswaar om een zaak met grensoverschrijdende aspecten gaat maar nationale opsporingsdiensten het betreffende eenvoudig af kunnen, is er geen reden voor Europese bemoeienis.¹³⁷ Het derde element dient ertoe te bewerkstelligen dat de verschillende handhavingsmodaliteiten in samenhang worden gezien, maar onderstreept ook de subsidiariteitsgedachte.

Natuurlijk zullen er verdachten komen die bij het beramen en plegen van misdrijven een dergelijke competentieverdeling niet nauwgezet zullen volgen. Er zullen feitencomplexen ontstaan waarbij door verdachten Europese en nationale strafbare feiten worden begaan. Het aan de overdracht van strafvervolgning ontleende beginsel van goede rechtsbedeling kan ook hier bepalend zijn voor het vinden van het geschikste forum van berechting.¹³⁸ Aldus leidt de Europese rechtsruimte tot drie redelijk goed afgebakende rechtssferen: nationaal, Europees en buiten de Europese Unie.¹³⁹

Het *vierde voorstel*: Vrijwillige harmonisatie van nationaal strafrecht

Voorzover er een aantoonbaar nut is voor harmonisatie moet daar voor ruimte zijn. In mijn voorstel verwijder ik het verplichtende element uit het huidige Europese recht in de veronderstelling dat de verplichting één van de bepalende factoren is in vage normstelling. Hier valt wat te leren van de Verenigde Staten. In dat land lijkt het strafrecht van de verschillende staten nogal op elkaar, mede dankzij het gebruik van de zogenaamde Model Penal Code, alsmede de zogenaamde Restatements of the law. Of dit nu het resultaat van de vrijwilligheid is of niet, in elk geval is er sprake van een veel

¹³⁵ Notitie "Een Europese strafrechtelijke ruimte", 9 mei 2003.

¹³⁶ Zie A.H. Klip, Conditions for a European Corpus Juris Criminalis, in Michael Faure, Jan Smits and Hildegard Schneider (eds.) Towards a European Ius Commune in Legal Education and Research, Intersentia 2002, p.111. De normgeving is hier vaak communautair. Zie J.A.E. Vervaele, Handen en tanden van het gemeenschapsrecht, oratie Utrecht 1994, p.36. Inmiddels is een dergelijke formulering terechtgekomen in een kaderbesluit. Zie artikel 5 lid 1, laatste streepje Kaderbesluit van 24 februari 2005 inzake de toepassing van het beginsel van wederzijdse erkenning op geldelijke sancties "strafbare feiten die door de beslissingsstaat worden vastgesteld en die onder uitvoeringsverplichtingen vallen welke voortkomen uit instrumenten op grond van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschappen of Titel VI van het Verdrag betreffende Europese Unie."

¹³⁷ Zie Kamerstukken I, 2003-2004, 28350 (R1720) en 28351, B, p. 2.

¹³⁸ A.H.J. Swart, Goede rechtsbedeling en internationale rechtshulp in strafzaken, oratie Deventer 1983.

¹³⁹ Zie ook de Minister van Justitie, Kamerstukken I, 2003-2004, 28350 (R1720) en 28315, B, p. 4.

grotere harmonisatie dan in de verschillende lidstaten van de EU.¹⁴⁰ Natuurlijk is het zo dat de startpositie van de Amerikaanse staten hen al veel dichterbij elkaar bracht. Het initiatief werd echter genomen omdat het Amerikaanse strafrecht zo'n chaotische vormen had aangenomen dat de rechtspraak er onder leed.¹⁴¹ Een ander opmerkelijk verschil is dat de modelwetgeving in de Verenigde Staten wordt gemaakt door wetenschappelijke instituten, niet door een overheidsorgaan. Dat mij dat meer aanspreekt moge duidelijk zijn, maar wat telt is dat de Model Penal Code logisch opgebouwd en dat de praktijk er mee kan werken. Opvallend is dat de Europese Unie, voorzover ik heb kunnen nagaan daar, anders dan de Raad van Europa¹⁴² en de Verenigde Naties met hun Model Conventions, zulks nooit heeft geprobeerd.¹⁴³ De kwaliteit van de Europese regelgeving zou behoorlijk kunnen worden verbeterd door het verplichtend element eruit te halen. Vage compromissen die vooral rekening houden met de mate van afwijking voor het eigen stelsel kunnen worden vermeden. Duidelijke keuzes kunnen worden gemaakt.

VI Afsluitende opmerkingen

De EU voert in wezen een driesporenbeleid: gericht op harmonisatie, wederzijdse erkenning en integratie. Bij de harmonisatie probeert men tot gemeenschappelijke regelingen te komen, bij de wederzijdse erkenning laat men de verschillen in stand maar zorgt er voor dat zij de samenwerking niet belemmeren en bij de integratie wordt iets gemeenschappelijks Europees opgebouwd. Doordat de doelstellingen niet helder zijn geformuleerd en de verhouding tussen de verschillende beleidsinstrumenten niet uit de verf komt, ontstaat het beeld van een wat onvaste koers. De leidende begrippen: harmonisatie, wederzijdse erkenning etc zijn niet gedefinieerd. Voor de wetgever (en de politiek) betekent het dat er geen toetssteen is om het eigen beleid op af te stemmen. Zonder heldere doelstelling (en dan bedoel ik dat klip en klaar gezegd wordt wat Europa en het strafrecht van elkaar te verwachten hebben) is het moeilijk de juiste middelen te hanteren. Anders, of meer retorisch geformuleerd: er is toch niets mis mee wanneer wij ons de vraag stellen of het zinvol is een Europees strafstelsel in te voeren? Dat komt mij als een betere benadering voor dan de besluitvorming keer op keer op te hangen aan een rond een Europese top gerezen (al dan niet reëel) probleem dat ineens de koers gaat bepalen.¹⁴⁴

Als de Europese Unie een Europees strafstelsel wil ontwikkelen, kan zij dat slechts indien naast de rechtshandhaving aandacht is voor de rechtswaarborgen. Gebeurt dat niet dan kan wel sprake zijn van een ordening, maar niet van een *rechtsorde*.

¹⁴⁰ Op het gebied van de strafrechtelijke samenwerking is opvallend dat een van de weinige verdragen die geen wederzijdse verplichtingen bevat, maar wel veel mogelijkheden tot rechtshulp biedt, het Verdrag van 1983 tot Overbrenging van Gevonniste Personen, een zeer grote ratificatiegraad heeft, in totaal 60 staten (stand 20 januari 2006), meer dan enig ander samenwerkingsverdrag van de Raad van Europa.

¹⁴¹ H. Wechsler, *The Challenge of a Model Penal Code*, 65 *Harvard Law Review* 1952, p. 1097-1133; B. Stapert, *American approach to harmonization, the Model Penal Code as an example for Europe?*, in *Klip/van der Wilt, supra* noot 4, p. 109-114.

¹⁴² Is het misschien misgegaan bij de Raad van Europa in 1971 omdat rapporteur Enschedé de na invoering in 1962 van de Amerikaanse Model Penal Code geïnitieerde studie uitbracht onder de titel *Uniform Europees strafrecht*?

¹⁴³ In het privaatrecht kennelijk wel, zie collega Smits over het Gemeenschappelijk Referentiekader.

¹⁴⁴ In het verleden bijv. handel in nucleair materiaal, Dutroux' kinderpornonetwerken, globalistenprotesten bij Europese toppen.